

De ontbindingsprocedure: rechtsmiddelenverbod en bewijsrecht*

D.M.A. Bij de Vaate

1 Inleiding

Het beginsel van rechterlijk toezicht in twee feitelijke instanties vormt een van de (hoofd)beginselen van het Nederlandse civiele procesrecht.¹ Een bekende uitzondering hierop is het appèlverbod bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Krachtens artikel 7:685 lid 11 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kan tegen een ontbindingsbeschikking hoger beroep noch cassatie worden ingesteld. Dit roept vragen op met betrekking tot de rechtsbescherming van werknemers en werkgevers, mede gegeven de eisen die daaraan kunnen worden gesteld op grond van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Kunnen eventuele misslagen in de ontbindingsbeschikking, ondanks het wettelijk appèlverbod, hersteld worden?² Een andere procesrechtelijke bijzonderheid in de ontbindingsprocedure ziet op de niet integrale toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht. Volgens de memorie van toelichting bij de Wet tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken (2002) kan de spoedeisendheid van de ontbindingsprocedure zich tegen toepassing van het wettelijke bewijsrecht verzetten.³ De Hoge Raad heeft in het verleden overwogen dat de ontbindingsprocedure een eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure is, waarin de rechter beslist zonder aan de wettelijke bewijsregels te zijn gebonden.⁴ Ook dit roept vragen op met betrekking tot de rechtsbescherming van werknemers en werkgevers, mede gezien de eisen die artikel 6 EVRM op dit punt stelt.⁵

Deze bijdrage begint met een bespreking van het appèlverbod ex artikel 7:685 BW in het kader van artikel 6 EVRM. Vervolgens ga ik in op de mogelijkheden om een ondeugdelijke ontbindingsbeschikking, ondanks het appèlverbod van artikel 7:685 BW, ten overstaan van een rechter ter discussie te stellen. Daarna

* Dit artikel is een bewerking van een tweeluik dat eerder verscheen in *Academie voor Arbeidsrecht* (<www.arbac.nl>).

- 1 Vgl. H.J. Sniijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 52; P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 15 e.v.; W.H. Heemskerck, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag 2006, nr. 5; R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche Burgerlijk procesrecht*, deel 1, Leiden 1893, p. 107.
- 2 Vgl. N.T. Dempsey, *De relatieve onaantastbaarheid van een ontbindingsbeschikking*, *Arbeids-Recht* 2011, 53.
- 3 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26 855, nr. 3, p. 157-158.
- 4 HR 3 december 1982, NJ 1983, 182.
- 5 Zie voor de eisen die het recht van de Europese Unie stelt aan het bewijsrecht in geval van discriminatie en de vraag of de ontbindingsprocedure op dit punt voldoet: D.M.A. Bij de Vaate, *Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure*. Deel 1: het bewijsrecht, *Arbac* mei 2012.

behandel ik het toepasselijke bewijsrecht in de ontbindingsprocedure. Onderzocht wordt of *alle* ontbindingsprocedures zich verzetten tegen toepasselijkheid van *alle* bewijsregels. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de ontbindingsprocedure op het punt van het bewijsrecht in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Afgesloten wordt met een conclusie.

2 Het rechtsmiddelenverbod

2.1 Artikel 7:685 lid 11 BW in het licht van artikel 6 EVRM

Houdt het uit artikel 6 EVRM afgeleide recht op toegang tot de rechter ook een recht op toegang tot de hogere rechter in? Daarover kan ik kort zijn. Het antwoord is nee. Uit artikel 6 EVRM kan geen recht op hoger beroep afgeleid worden. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft in een reeks van uitspraken overwogen: ‘article 6 of the Convention does not compel the Contracting States to set up courts of appeal or of cassation’.⁶ Ook de Hoge Raad heeft erkend dat artikel 6 EVRM niet de waarborg inhoudt van een recht op hoger beroep.⁷

Nu artikel 6 EVRM niet voorziet in berechting van een zaak in twee feitelijke instanties, is het appèlverbod van artikel 7:685 lid 11 BW zonder meer toelaatbaar.⁸ Dit neemt niet weg dat in een individuele ontbindingsprocedure, net als in iedere andere procedure, strijd kan ontstaan met artikel 6 EVRM. Bijvoorbeeld doordat de ontbindingsrechter het beginsel van hoor en wederhoor schendt⁹ of in strijd handelt met het in artikel 6 EVRM gewaarborgde ‘equality of arms’-beginsel. Daarnaast zijn ook ondeugdelijkheden mogelijk die niet zien op de procedure. Gedacht kan worden aan de inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking, bijvoorbeeld door een evidente onjuiste toepassing van de wet of jurisprudentie door de kantonrechter. Is er voor deze ondeugdelijke ontbindingsprocedures respectievelijk -beschikkingen, ondanks het appèlverbod van artikel 7:685 lid 11 BW, een alternatieve mogelijkheid waarin de beslissing opnieuw ter discussie wordt gesteld? Kan een eventuele schending van artikel 6 EVRM door de ontbindingsrechter hersteld worden? Kan de werkgever of werknemer gecompenseerd worden voor een inhoudelijk onjuiste uitspraak? Gekeken wordt naar de mogelijkheid van doorbreking van het appèlverbod. In paragraaf 2.4. wordt ingegaan op de aan-

6 EHRM 17 januari 1970, nr. 2689/65 (Delcourt/Belgium), herhaald nadien in o.a.: EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80, § 32 (De Cubber/Belgium). De arresten van het EHRM zijn te raadplegen via <www.echr.coe.int>. Zie ook Hovens 2005, p. 21; L.G. Verburg, Het Nederlands ontslagrecht en artikel 6 EVRM, AA 2011/4, p. 288.

7 HR 24 april 1992, NJ 1992, 672; HR 18 november 1992, NJ 1993, 174; HR 26 november 1999, NJ 2000, 210; HR 19 januari 2001, NJ 2001, 232.

8 Vgl. Smits 2008, p. 56-57; Hovens 2005, p. 21. Ook andere verdragsbepalingen schrijven geen hoger beroep of beroep in cassatie voor. In artikel 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM is weliswaar een recht op hoger beroep neergelegd, maar deze bepaling is slechts van toepassing op strafrechtelijke procedures. Bovendien is dit protocol nooit door Nederland geratificeerd.

9 Bijv. HR 15 april 2011, JAR 2011/137; Hof Den Haag 14 november 2003, JAR 2004/31; Rb. Utrecht 10 februari 1992, Prg. 1993/3818; Rb. Rotterdam 2 juli 1993, JAR 1993/204; Rb. Rotterdam 15 mei 1997, JAR 1997/137; Hof Leeuwarden 12 juni 2002, JAR 2002/164.

sprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Geen aandacht wordt besteed aan de mogelijkheden die herstel en herroeping bieden voor een ondeugdelijke ontbindingsbeschikking.¹⁰

Het wettelijk appèlverbod van artikel 7:685 lid 11 BW heeft de Hoge Raad er niet van weerhouden gronden te ontwikkelen om dat verbod te doorbreken. In 1982 formuleerde de Hoge Raad voor het eerst de regel dat het wettelijk appèlverbod van artikel 7:685 BW kan worden doorbroken voor zover de rechter (1) het artikel ten onrechte heeft toegepast dan wel (2) ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.¹¹ In de zaak Enka/Dupont,¹² een octrooizaak uit 1985, heeft de Hoge Raad aan voornoemde doorbrekingsgronden de categorie van (3) verzuim van essentiële vormen toegevoegd. Nadien is de categorie ‘verzuim van essentiële vormen’ ook ten aanzien van het appèlverbod van artikel 7:685 lid 11 BW toegepast.¹³ Deze laatste grond is het meest vatbaar voor discussie. Wanneer is sprake van verzuim van ‘essentiële vormen’? In het navolgende concentreer ik mij op deze categorie.

2.2 De kantonrechter heeft essentiële vormen verzuimd

Van verzuim van essentiële vormen is sprake indien een zo fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.¹⁴ Deze formulering roept onmiddellijk artikel 6 lid 1 EVRM in gedachten, dat onder meer het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter behelst. Dit verdragsartikel is zonder meer van toepassing op de ontbindingsprocedure, omdat daarin ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ worden vastgesteld. Zoals hiervoor vermeld, is het ontbreken van een hogerberoepsmogelijkheid niet in strijd met artikel 6 EVRM. Dit laat onverlet dat het EHRM eist dat een zaak door ten minste één nationale rechterlijke instantie wordt behandeld die aan alle vereisten van artikel 6 EVRM voldoet.¹⁵ Is dat niet het geval, dan is de staat aansprakelijk voor schending van het EVRM. Blijkbaar wil de Hoge Raad dit voor wat betreft schending van het recht op een eerlijke behandeling door een onpartijdige rechter in procedures die

10 Zie voor deze mogelijkheden de meer uitgebreide versie van dit artikel in Academie voor Arbeidsrecht: D.M.A. Bij de Vaate, Procesrechtelijke bijzonderheden in de ontbindingsprocedure. Deel 1: het rechtsmiddelenverbod, Arbac mei 2012.

11 HR 12 maart 1982, NJ 1983, 181.

12 HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 (Enka/Dupont).

13 Zie bijv. HR 4 april 1986, NJ 1986, 549; HR 13 februari 1987, NJ 1987, 883; HR 24 april 1992, NJ 1992, 672; HR 23 oktober 1992, JAR 1992/116; HR 1 april 2011, NJ 2011, 220.

14 HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4; HR 19 mei 1989, NJ 1989, 802; HR 3 juli 1989, NJ 1989, 857; HR 22 maart 1991, NJ 1991, 400.

15 EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80, § 32-33 (De Cubber/Belgium).

vallen onder een appèlverbod voorkomen door doorbreking van het appèlverbod. Door het openstellen van hoger beroep kan namelijk het gebrek hersteld worden.¹⁶ Niet duidelijk is of het criterium ‘schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken’ zo ruim opgevat moet worden dat hieronder ook de schending van de overige elementen uit artikel 6 EVRM valt, zoals het recht op een openbare procedure binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke rechter. Enerzijds zijn de bewoordingen van de Hoge Raad duidelijk: het appèlverbod kan alleen doorbroken worden indien een fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Er wordt alleen verwezen naar de elementen ‘fair hearing’ en ‘impartial tribunal’ en niet in algemene zin aan artikel 6 EVRM gerefereerd. Aanmerkelijk is dat een dergelijke ruime betekenis van het recht op een eerlijke behandeling zoals hiervoor aangeduid, ook op Straatsburgs niveau niet bedoeld is.¹⁷ Het EHRM heeft namelijk getracht aan dit recht op een eerlijke behandeling een eigen specifieke betekenis te geven door verschillende deelaspecten van dit recht te onderscheiden.¹⁸ Deelaspecten van het recht op een fair hearing zijn volgens het EHRM: (1) recht op hoor en wederhoor,¹⁹ (2) recht op gelijke proceskansen²⁰ en (3) recht op motivering van de uitspraak.²¹ Anderzijds bevat de doorbrekingsjurisprudentie van de Hoge Raad ook een aanknopingspunt om te betogen dat onder het criterium ‘schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken’ ook de schending van andere elementen uit artikel 6 EVRM kan vallen. Hierop kom ik zo dadelijk terug.

2.2.1 *Schending van fundamentele rechtsbeginselen*

De Hoge Raad heeft van een aantal fundamentele rechtsbeginselen erkend dat de schending daarvan tot doorbreking van het appèlverbod van artikel 7:685 lid 11 BW leidt, omdat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Dit is allereerst het geval voor schending van het door

16 EHRM 26 oktober 1984, nr. 9186/80, § 33 (De Cubber/Belgium). Ook de Hoge Raad meent dat verdragsschendingen in eerste aanleg kunnen worden geheeld door een behandeling in hoger beroep die wel aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet. Zie bijv. HR 17 december 2004, NJ 2005, 68. Kuijjer en Sagel spreken in dit verband van een ‘afgeleid’ recht op hoger beroep: M. Kuijjer & S.F. Sagel, Doorbreking van het appèlverbod ex artikel 7:685 lid 11 BW in het licht van artikel 6 EVRM, SR 2001/2, p. 51.

17 Vgl. Smits 2008, p. 98.

18 Bovendien onderscheidt het EHRM duidelijk tussen de ‘fairness of the proceedings’ en andere beginselen gewaarborgd in artikel 6 EVRM: toegang tot de rechter, openbaarheid, onafhankelijkheid en berechting binnen een redelijke termijn. Zie bijv. EHRM 6 december 1988, nr. 10590/83 (Barbera/Spain); EHRM 12 april 2006, nr. 58675/00 (Martinie/France); EHRM 7 augustus 1996, nr. 19874/92 (Ferrantelli/Italy); EHRM 31 maart 1998, nr. 22921/93 (Reinhardt/France); EHRM 28 oktober 1999, nr. 24846/94 (Zielinski/France); EHRM 12 juli 2001, nr. 42527/98 (Prince Hans-Adam II/Germany); EHRM 12 mei 2005, nr. 46221/99 (Ocalan/Turkey).

19 Zie bijv. EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, § 33 (Mantovanelli/France).

20 Zie bijv. EHRM 27 april 2004, nr. 62543/00, § 49 (Gorraiz Lizarraga/Spain).

21 Zie bijv. EHRM 17 oktober 2000, nr. 38194/97 (Karakasis/Greece). Zie voor het voorgaande ook: Smits 2008, p. 102; A.S. Rueb, Burgerlijk Procesrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 25-28.

artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op hoor en wederhoor. In het arrest Enka/Dupont²² heeft de Hoge Raad bepaald dat het beginsel van hoor en wederhoor behoort tot de fundamentele beginselen van het procesrecht, die – in geval van veronachtzaming – kunnen leiden tot doorbreking van het appèlverbod. Nadien is dit vele malen door de Hoge Raad herhaald.

Nauw verwant aan het recht op hoor en wederhoor is het recht op gelijke proceskansen,²³ ook wel ‘equality of arms’ genoemd. Ook laatstgenoemd beginsel erkent de Hoge Raad als fundamenteel rechtsmiddel dat bij veronachtzaming doorbreking van het rechtsmiddelenverbod kan rechtvaardigen.²⁴

Aannemelijk is verder dat ook schending van de rechterlijke onpartijdigheid tot doorbreking van het appèlverbod moet kunnen leiden. Dit impliceert namelijk een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en *onpartijdige* behandeling van de zaak.²⁵ Mij is echter geen civielrechtelijke zaak bekend waarin dit is aangevoerd als grond voor doorbreking van het appèlverbod. Kennelijk heeft dit zich nog niet voorgedaan. Overigens geldt dat het hoger beroep de schending van artikel 6 EVRM in eerste aanleg niet ongedaan kan maken. In de Riepan-zaak heeft het EHRM geoordeeld dat in het kader van klassieke straf- en civielrechtelijke procedures, in tegenstelling tot procedures van administratieve of disciplinaire aard, een schending van de onpartijdigheid en/of onafhankelijkheid niet hersteld kan worden door een hogere instantie.²⁶

Uit de beschikking van de Hoge Raad inzake Boukacem/Martinair²⁷ kan mijns inziens bovendien afgeleid worden dat de Hoge Raad ook het niet openbaar uitspreken van een beschikking als een schending van een fundamenteel rechtsbeginsel aanmerkt waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken.²⁸ Dit vormt een aanknopingspunt om te betogen dat onder voornoemd criterium ook de schending van de andere elementen, dan het recht op ‘fair hearing’ door een ‘impartial tribunal’, uit artikel 6 EVRM kunnen vallen.

Het gaat in de zaak Boukacem/Martinair om een beroep in cassatie tegen de uitspraak van de rechtbank waarin geoordeeld was dat de klachten tegen de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter niet tot doorbreking van het appèlverbod konden leiden. De cassatiemiddelen aangevoerd tegen dit oordeel van de rechtbank werden door de Hoge Raad verworpen. Een andere klacht in cassatie betrof de klacht dat de rechtbank in strijd met artikel 6 EVRM haar beschikking niet in het openbaar heeft uitgesproken. Volgens de Hoge Raad treft deze klacht doel. Vervolgens vernietigt de Hoge Raad de beschikking van de rechtbank en doet hij wat de rechtbank had behoren te doen, namelijk het openbaar uitspreken van de

22 HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 (Enka/Dupont).

23 Smits 2008, p. 102.

24 HR 22 november 1996, NJ 1997, 205 (Boukacem/Martinair); HR 16 maart 2007, NJ 2007, 637.

25 Vgl. I.F. Dam, Doorbreking van wettelijke appel- en cassatieverboden, TCR 1994/2, p. 28; Hovens 2005, p. 44.

26 EHRM 14 november 2000, nr. 35115/97, § 39-40 (Riepan/Austria).

27 HR 22 november 1996, NJ 1997, 205.

28 Vgl. H.J. Snijders & A. Wendels, Civiel appel, Deventer: Kluwer 2009, p. 290.

verwerping van het hoger beroep tegen de beschikking van de kantonrechter. Volgens sommige auteurs is deze uitspraak niet een-op-een toe te passen op de doorbrekingsproblematiek, nu het in de beschikking Boukacem/Martinair niet ging om de situatie dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter niet in het openbaar was uitgesproken, maar om de uitspraak in hoger beroep van de rechtbank.²⁹ Deze auteurs lijken echter te miskennen dat artikel 7:685 lid 11 BW niet alleen appèl, maar ook cassatie tegen een beschikking krachtens dat artikel uitsluit, zodat cassatie slechts mogelijk is tegen (1) het oordeel van het hof dat de kantonrechter artikel 7:685 BW ten onrechte niet of juist wel heeft toegepast dan wel een essentieel vormverzuim heeft begaan, of (2) het hof zelf essentiële vormen verzuimt.³⁰

Schending van de motiveringsplicht valt volgens de Hoge Raad niet aan te merken als de schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken, hetgeen tot doorbreking van het appèlverbod leidt.³¹ Dit is opvallend; het EHRM merkt de motiveringsplicht namelijk wel aan als een fundamenteel rechtsbeginsel dat bijdraagt aan een eerlijke behandeling van de zaak.³² Gezien de mogelijke strijdigheid van het standpunt van de Hoge Raad met laatstgenoemde opvatting van het EHRM zal ik deze categorie meer uitvoerig behandelen in paragraaf 2.3.1.2.

Tot slot twee vormen van ondeugdelijkheden in het kader van de ontbindingsprocedure respectievelijk beschikking die niet in strijd zijn met artikel 6 EVRM en niet kunnen leiden tot doorbreking van het appèlverbod. Allereerst de ontbindingsbeschikking die tot stand is gekomen onder bedrog door de wederpartij. De werknemer heeft bijvoorbeeld in de ontbindingsprocedure niet gemeld dat hij aansluitend op de ontbinding een nieuwe baan heeft gevonden, terwijl de werkgever een hoge vergoeding moet betalen, al dan niet met het oog op de toekomstperspectieven van de werknemer. Nu de ondeugdelijkheid van de ontbindingsbeschikking niet aan de rechter te wijten is, maar aan de wederpartij, valt deze situatie niet onder de doorbrekingsgrond de rechter heeft 'essentiële vormen verzuimd'.³³ Herroeping zal voor deze categorie onder omstandigheden wel tot de mogelijkheden behoren.³⁴ Ook een inhoudelijk onjuiste beslissing door de kantonrechter levert geen verzuim van essentiële vormen op, noch het oordeel dat

29 Hovens 2005, p. 43/44; M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed, De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 212-213.

30 Vgl. HR 9 december 2011, JAR 2012/18.

31 HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4 (HBM/Wielenga).

32 EHRM 17 oktober 2000, nr. 38194/97 (Karakasis/Greece). Vgl. Smits 2008, p. 96; B.W.N. de Waard, Doorbreking van appelverboden, JBplus 2005, p. 106.

33 Vgl. P.H.P.H.M.C. van Kempen, Heropening van procedures na veroordelingen door het EVRM, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 173-174.

34 Zie Bij de Vaate 2012.

artikel 7:685 BW ten onrechte is toegepast.³⁵ Hoger beroep kan niet worden ingesteld ten aanzien van de inhoudelijke aspecten van de ontbindingsbeschikking.³⁶

2.2.2 *Schending motiveringsbeginsel*

Het motiveringsvereiste staat niet expliciet vermeld in de tekst van artikel 6 EVRM. Het EHRM heeft echter geoordeeld dat het recht op een fair hearing geschonden kan zijn wanneer een rechterlijke uitspraak onvoldoende met redenen is omkleed.³⁷ De nationale gerechten 'must indicate with sufficient clarity the grounds on which they based their decision'.³⁸ Opvallend is dat schending van de motiveringsplicht volgens de Hoge Raad niet kan leiden tot doorbreking van het appèlverbod van artikel 7:685 BW. De Hoge Raad overweegt

'Weliswaar is niet uitgesloten dat een klacht betreffende verzuim van essentiële vormen bij de totstandkoming van een beschikking waartegen geen hoger beroep open staat, niettemin tot ontvankelijkheid van het hoger beroep leidt, doch dit is alleen dan het geval wanneer aan die klacht ten grondslag ligt dat een zo fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zoals in het geval van veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor, dat aan de orde was in HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242. Daartoe is niet voldoende de klacht dat de betreffende beschikking niet of niet naar de eis der wet met redenen is omkleed.'³⁹

Zowel de ondeugdelijk gemotiveerde als de geheel ongemotiveerde uitspraak levert volgens de Hoge Raad geen grond op voor doorbreking van het appèlverbod. Aannemelijk is dat aan dit standpunt pragmatische redenen ten grondslag liggen. Gedacht kan allereerst worden aan het zogenoemde *floodgate*-argument: een ander standpunt zou een vloedgolf van zaken kunnen oproepen.⁴⁰ Verder kan een rechtvaardiging gelegen zijn in de praktische moeilijkheid voor rechters om een grens te trekken tussen wat nog wel en wat niet meer door de beugel kan.⁴¹

35 HR 24 april 1992, NJ 1992, 672. Vgl. ook Hof Den Haag 3 november 2009, NJF 2009, 510; Hof Amsterdam 1 maart 2011, LJN BP6449.

36 Vgl. Dempsey 2011; B. de Vries, Uitzondering of (hoofd)regel? De uitsluiting van hoger beroep en cassatie ex artikel 7:685 BW en de derde fase van de herziening burgerlijk procesrecht, AA 1999/7/8, p. 518.

37 EHRM 17 oktober 2000, nr. 38194/97 (Karakasis/Greece). Vgl. Smits 2008, p. 96; De Waard 2005, p. 106.

38 EHRM 16 december 1992, nr. 12945/87, § 33 (Hadjianastassiou/Greece).

39 HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4 (HBM/Wielenga). Vgl. HR 19 mei 1989, NJ 1989, 802; HR 3 juli 1989, NJ 1989, 857; HR 8 juli 1992, JAR 1992/53; HR 8 januari 1993, JAR 1993/32; HR 12 februari 1993, NJ 1993, 572; HR 24 september 1993, NJ 1993, 758; HR 15 oktober 1993, JAR 1993/246; HR 23 juni 1995, NJ 1995, 661; HR 16 april 2010, JIN 2010, 420.

40 Vgl. J.B.M. Vranken, Keuzevrijheid en verantwoordingsplicht van de rechter in civiele zaken, in: Gemotiveerd gehuldigd. Opstellen aangeboden aan mr. C.D. van Boeschoten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink B.V. 1993, p. 237; B.D. Hengstmengel & A.C. Mahabiersing, Doorbreking van het appèlverbod ex artikel 7:685 lid 11 BW wegens 'verzuim van essentiële vormen', TAP 2009/6, p. 234.

41 Vgl. Vranken 1993, p. 237.

Bovendien, een burger die vraagt om te beoordelen of een in eerste aanleg gegeven motivering als deugdelijk en begrijpelijk kan worden beschouwd, vraagt eigenlijk om een herbeoordeling van zijn zaak.⁴² Deze herbeoordeling is nu juist middels het appèlverbod uitgesloten door de wetgever.⁴³

- Motivering en artikel 6 EVRM

Het EHRM stelt slechts minimale eisen aan de motivering van een rechterlijke uitspraak. De mate van motivering hangt onder meer af van de aard van de beslissing, de diversiteit van de stellingen van partijen en de verschillen tussen de lidstaten met betrekking tot het motiveren en presenteren van rechterlijke uitspraken.⁴⁴ In de zaak Van de Hurk tegen Nederland overweegt het Hof verder: ‘Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument. Nor is the European Court called upon to examine whether arguments are adequately met.’⁴⁵ Wel is vereist dat de wezenlijke bestanddelen van een rechterlijke uitspraak gemotiveerd zijn. Wanneer de rechter niet ingaat op een stelling van een partij die beslissend kan zijn voor de uitkomst van het geding, is sprake van schending van de uit artikel 6 EVRM voortvloeiende motiveringsplicht.⁴⁶

Uit het voorgaande volgt dat de nationale rechter vrij is de inhoud van zijn motivering te bepalen.⁴⁷ Het EHRM beoordeelt niet of de nationale rechter op voldoende adequate wijze op de argumenten van partijen is ingegaan.⁴⁸ Het voert geen inhoudelijke beoordeling uit van de motivering.⁴⁹ Ook De Poorter en Van Roosmalen menen dat de motiveringseis van artikel 6 EVRM slechts ziet op een motiveringsplicht. Daarmee doelen zij op ‘het geven van een motivering’. Artikel 6 EVRM ziet volgens hen niet op de begrijpelijkheid of deugdelijkheid daarvan.⁵⁰ Dat komt mij gezien de zaak Van de Hurk juist voor. Bovendien is dit uitgangspunt consistent met de waarborg van een eerlijk proces zoals door artikel 6 EVRM beoogd. Het afwezig zijn van een motivering kan een indicatie zijn dat de rechter verzuimd heeft een argument van een partij mee te wegen, hetgeen

42 Vgl. De Waard 2005, p. 106.

43 Vgl. C.J. Loonstra, Appel en cassatie bij artikel 1639w: wat is nog mogelijk, WPNR 1990, 5953, p. 183; S.A.M. van der Weeggen-Koutio, Wanneer is hoger beroep bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst mogelijk?, SR 1989/9, p. 226-227; De Vries 1999, p. 518.

44 EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, § 29 (Ruiz Torija/Spain).

45 EHRM 19 april 1994, nr. 16034/90, § 61 (Van de Hurk/The Netherlands).

46 EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, § 17 (Ruiz Torija/Spain). Vgl. ook EHRM 9 december 1994, nr. 18064/91, § 28 (Hiro Balani/Spain); EHRM 19 februari 1998, nr. 20124/92, § 43 (Higgins/France); EHRM 1 juli 2003, nr. 37801/87, § 37 (Suominen/Finland); EHRM 6 september 2005, nr. 65518/01, § 92 (Salov/Ukraine); EHRM 6 december 2005, nr. 19960/04, § 53 (Popov/Moldova); EHRM 14 november 2006, nr. 6923/03, § 42 (Melnic/Moldova); EHRM 8 april 2008, nr. 7170/02, § 114-115 (Gradinar/Moldova).

47 Vgl. F. Logghe, Over de ‘eerlijke behandeling’ volgens artikel 6 van het EVRM, Jura Falconis 1996-1997/2, p. 290.

48 Zie ook EHRM 24 mei 2005, nr. 61302/00, § 63 (Buzescu/Romania).

49 Logghe 1996-1997, p. 290.

50 J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M van Roosmalen, Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Den Haag: Raad van State 2009, p. 13, noot 3.

meebrengt dat niet meer van een eerlijke behandeling gesproken kan worden.⁵¹ Echter, een onjuiste motivering is net zo min als een op andere gronden gebrekkige uitspraak een reden om te oordelen dat er geen sprake is van een eerlijke behandeling. Het EHRM is geen hogerberoepsinstantie.⁵² Wie aanvoert voor het EHRM dat de motivering van de nationale rechter onjuist of onbegrijpelijk is, vraagt in wezen om een herbeoordeling van zijn zaak, hetgeen niet de taak is van het Hof.

Redelijk ver ging het Hof overigens in de zaak *De Moor tegen België*.⁵³ Het EHRM oordeelde in die zaak dat er sprake was van schending van het recht op een 'fair trial', omdat de Orde van Advocaten een onwettig motief had aangehaald ter onderbouwing van de weigering betrokkene in te schrijven op het Tableau. De reden van weigering, dat de kandidaat een volledige carrière vervuld had buiten de Orde, stond namelijk niet vermeld bij de mogelijkheden van artikel 428 Gerechtelijk Wetboek van België. Hoewel het EHRM hier in beperkte mate een inhoudelijke beoordeling geeft van de motivering, kan dit volgens Ergec en Schaus verklaard worden door het duidelijk onwettig en arbitrair karakter van de weigering.⁵⁴ De motivering was blijkbaar zó apert ondeugdelijk dat deze gelijkgesteld kon worden aan het ontbreken van een motivering. Iets dergelijks zien we ook in de zaak *Georgiadis tegen Griekenland*.⁵⁵ Het nationale gerecht had in die zaak de claim voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige vrijheidsberoving afgewezen, omdat de detentie van de appellante te wijten was aan 'his own gross negligence'. Hiermee herhaalde het nationale gerecht uitsluitend de tekst van een artikel uit het nationale wetboek, zonder te vermelden, noch in de feiten die aanleiding gaven voor de uitspraak, noch in de motivering van de beslissing zelf, waaruit die grove nalatigheid door appellante bestond. Het EHRM oordeelde dat de motiveringsplicht uit artikel 6 lid 1 EVRM geschonden was. Het gebrek aan nauwkeurigheid van het concept 'grote nalatigheid', dat een beoordeling van feitelijke kwesties met zich meebrengt, vereist dat het gerecht een meer gedetailleerde motivering op dit punt had moeten geven, aldus het Hof. Het ter motivering van een beslissing uitsluitend verwijzen naar een vaag wettelijk begrip dat een waardering van de feiten vergt, is dus volgens het EHRM onvoldoende. Dat het Hof in deze zaak in enige mate treedt in een inhoudelijke beoordeling van de motivering, is ook hier te verklaren door het op het eerste gezicht direct kenbaar duidelijke ondeugdelijke karakter van de motivering.

- Arbitragerecht

Een niet-gemotiveerde uitspraak is gezien het voorgaande in strijd met artikel 6 EVRM. We hebben gezien dat het EHRM onder omstandigheden ook een *apert*

51 EHRM 9 december 1994, nr. 18064/91, § 28 (*Hiro Balani/ Spain*).

52 R. Ergec & A. Schaus, *Examen de Jurisprudence (1990-1994)*. La Convention Européenne des droits de l'homme, R.C.J.B. 1995, p. 385. Vgl. ook Logghe 1996-1997, p. 290: 'De Straatsburgse organen zijn geen extra controle instantie.'

53 EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (*De Moor/Belgium*).

54 Ergec & Schaus 1995, p. 385.

55 EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (*Georgiadis/Greece*).

ondeugdelijk gemotiveerde uitspraak in strijd acht met artikel 6 EVRM.⁵⁶ Waar ligt echter de grens? In dit kader is een vergelijking met het arbitragerecht interessant.

In beginsel is de civiele rechter onbevoegd om van een geschil kennis te nemen waarop een arbitrageovereenkomst van toepassing is.⁵⁷ Op specifiek in de wet vermelde (artikel 1065 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)) gronden is echter wel vernietiging mogelijk van het arbitrale vonnis. Vernietiging van het arbitrale vonnis brengt mee dat de overheidsrechter alsnog bevoegd wordt een herbeoordeling van het geschil uit te voeren.⁵⁸ De gronden waarop een arbitraal vonnis vernietigd kan worden, zijn derhalve op te vatten als doorbrekingsgronden, welke beroep op de civiele rechter mogelijk maken.⁵⁹ In het kader van deze bijdrage beperk ik mij tot een bespreking van de grond genoemd in artikel 1065 Rv onder sub d: 'het vonnis is niet met redenen omkleed'.

Over de vernietiging van een arbitraal vonnis omdat het niet met redenen is omkleed, bestonden lange tijd uiteenlopende opvattingen.⁶⁰ Volgens de ene opvatting kon een arbitraal vonnis alleen op die grond worden vernietigd wanneer elke motivering ontbrak.⁶¹ Volgens de andere opvatting kon een arbitraal vonnis niet alleen vernietigd worden wanneer elke motivering ontbrak, maar ook als er wel een motivering was, maar deze apert ondeugdelijk was.⁶²

Een eerste beslissing van de Hoge Raad in deze kwestie komt met het arrest Benetton/Eco Swiss en Bulova.⁶³ Benetton voert in cassatie een klacht aan tegen het oordeel van het hof dat het arbitragegerecht zijn vonnis van een voldoende motivering heeft voorzien en er derhalve geen grond is voor vernietiging. Omtrent deze klacht overweegt de Hoge Raad: 'Volgens artikel 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv kan vernietiging van een arbitraal vonnis plaatsvinden op de grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed. Vernietiging op deze grond is slechts mogelijk wanneer motivering ontbreekt, en dus niet mogelijk in gevallen van ondeugdelijke motivering.' Volgens de Hoge Raad komt de rechter niet de bevoegdheid toe om op die vernietigingsgrond een arbitraal vonnis naar zijn inhoud te toetsen. Hierop stuitte de klacht van Benetton af. Hiermee leek het pleit beslecht voor de eerste opvatting, hoewel de Hoge Raad nog geen duidelijk-

56 EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor/Belgium); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis/Greece).

57 Artikel 1022 lid 1 Rv.

58 Artikel 1067 Rv. Zie ook A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Sniijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink B.V. 1992, p. 136.

59 Ook Hombrecht-Brinkman trekt in het kader van de vernietigingsgronden van een arbitraal vonnis een parallel met de doorbrekingsjurisprudentie van een wettelijk appélverbod: F.D. Hombrecht-Brinkman, *De rechter en arbitrage 1997-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 159.

60 G.J. Meijer & I.P.M. van den Nieuwendijk, *Kroniek Arbitrage 2004-2006*, O&F 2007/74, p. 32.

61 P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht: nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. 136.

62 H.J. Sniijders, *Nederlands arbitragerecht: een artikelgewijze commentaar op de artikel 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2007, p. 317.

63 HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508 (Benetton/Eco Swiss en Bulova).

heid schiep over de vraag of vernietiging mogelijk was in gevallen waarin de motivering *apert* ondeugdelijk was.⁶⁴

In 2004 volgt een tweede arrest (Nannini/SFT Bank)⁶⁵ van de Hoge Raad inzake de mogelijkheid een arbitraal vonnis te vernietigen wegens een motiveringsgebrek. In casu ging het om de verkoop van een resort op de Nederlandse Antillen. De verkoper had aan de koper gegarandeerd dat het resort onbezwaard was. Desondanks bleken op het resort toch beslagen te rusten en vorderde de koper schadevergoeding, omdat hij het resort daardoor niet kon doorverkopen. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba besliste dat de verkoper de schade moest vergoeden aan de koper en verwees daarbij partijen naar een arbitrageprocedure ter vaststelling van de hoogte van de schade. Nadat het arbitrale vonnis, waarin aan de koper schadevergoeding werd toegekend, gewezen was, stelde de verkoper een vordering tot vernietiging van dat arbitrale vonnis in, welke door het Gemeenschappelijk Hof werd toegewezen. Het Gemeenschappelijk Hof was van oordeel dat de arbiters een onjuiste uitleg hadden gegeven aan het eerdere vonnis van het hof. De verweren inzake het causale verband waren zodanig gebrekkig beoordeeld dat het arbitrale vonnis niet aan de minimumeisen van motivering voldeed. In cassatie stond de juistheid van dit oordeel centraal. Ter beoordeling van het geschil herhaalt de Hoge Raad zijn overweging uit het Benetton-arrest, maar voegt daaraan toe dat die overweging nadere precisering behoeft. Volgens de Hoge Raad moet namelijk met het ontbreken van een motivering 'op één lijn worden gesteld' de situatie waarin weliswaar een motivering is gegeven, 'doch daarin geen enkele steekhoudende verklaring' voor de desbetreffende beslissing te onderkennen valt. Met betrekking tot de aan de orde zijnde vraag of het arbitrale vonnis aan de minimumeisen van motivering voldeed, oordeelt de Hoge Raad dat de arbiters weliswaar een motivering voor hun beslissing hebben gegeven, maar deze berust op een uitgangspunt dat elke grond mist. De arbiters hadden namelijk een verkeerde uitleg gegeven aan de eerste uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof. In die uitspraak was slechts de mogelijkheid van schade aannemelijk geoordeeld en niet, zoals de arbiters tot uitgangspunt namen, reeds een beslissing gegeven omtrent het causaal verband. Het Gemeenschappelijk Hof had volgens de Hoge Raad derhalve terecht geoordeeld dat in het arbitrale vonnis elke motivering ontbrak. Voorgaande precisering door de Hoge Raad riep veel vragen op.⁶⁶ Wat heeft de Hoge Raad bedoeld met steekhoudend? Is dit hetzelfde als een ondeugdelijke motivering? Heeft de Hoge Raad een inhoudelijke toetsing van het arbitraal vonnis voor ogen gestaan?

In 2006 heeft de Hoge Raad met het arrest Kers/Rijpma⁶⁷ een verduidelijking gegeven van het Nannini-arrest. In die zaak kreeg de Hoge Raad te oordelen over

64 Vgl. M.H. de Boer & G.J. Meijer, *Kroniek Arbitragerecht*, TCR 2007/2, p. 53.

65 HR 9 januari 2004, NJ 2005, 190 (Nannini/SFT Bank). Het betreft een Antilliaanse casus. Nu de vernietigingsgronden voor een arbitraal vonnis in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering inhoudelijk overeenkomen met die in artikel 1065 Rv, heeft dit arrest ook voor de Nederlandse rechtspraktijk relevantie. Vgl. K.N. Claassens, *Vernietiging arbitraal vonnis en motiveringsgebreken: de stand van zaken*, NbBW 2004/3, p. 41.

66 Vgl. Meijer & Van den Nieuwendijk 2007, p. 33.

67 HR 22 december 2006, NJ 2008, 4 (Kers/Rijpma).

de beslissing van het hof, inhoudende dat het bestreden arbitrale vonnis, betrekking hebbend op een geschil over een aannemingsovereenkomst, op essentiële onderdelen een motivering ontbeert, althans dat daarin geen steekhoudende verklaring valt te onderkennen. De arbiters hadden namelijk volgens het hof een verkeerde norm bij de beoordeling van het geschil tot uitgangspunt genomen. De Hoge Raad stelt ter beoordeling van het geschil voorop dat de vernietigingsgrond dat het vonnis niet met reden is omkleed, terughoudend moet worden toegepast. Slechts in sprekende gevallen dient er ingegrepen te worden in arbitrale beslissingen. 'Uitsluitend indien een motivering ontbreekt, of indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen op de in artikel 1065 lid 1, aanhef en onder d, Rv vermelde grond dat het vonnis niet met redenen is omkleed.' Ook al zou met het hof moeten worden aangenomen dat de arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen, dan nog brengt dit volgens de Hoge Raad niet mee dat enige steekhoudende verklaring voor hun beslissing ontbreekt. Het vonnis kon niet op één lijn worden gesteld met een geheel ongemotiveerd vonnis.

De Hoge Raad heeft met de uitspraken Nannini/SFT Bank en Kers/Rijpma de opvatting aanvaard dat een arbitraal vonnis niet alleen vernietigd kan worden wanneer elke motivering ontbreekt, maar ook als deze motivering apert ondeugdelijk is.⁶⁸ Dit betekent mijns inziens niet dat er zonder meer een toetsing op de inhoud van de motivering moet plaatsvinden.⁶⁹ Immers, de Hoge Raad heeft met het Kers/Rijpma-arrest duidelijk gemaakt dat deze mogelijkheid uiterst klein is.⁷⁰ Slechts indien een arbitraal vonnis zo gebrekkig is gemotiveerd dat het met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn moet worden gesteld, mag de rechter dit vonnis vernietigen.⁷¹ Volgens advocaat-generaal Wesseling-van Gent kan deze gelijkstelling slechts in zeer uitzonderlijke gevallen plaatsvinden. Van een non-motivering kan volgens haar slechts worden gesproken wanneer de beslissing op geen enkele wijze terug te voeren is op de motivering, of indien de beslissing berust op een *evident* onjuist uitgangspunt waardoor de motivering van de beslis-

68 Snijders 2007, p. 317.

69 Vgl. De Boer & Meijer 2007, p. 55.

70 Noot H.J. Snijders bij HR 22 december 2006, NJ 2008, 4 (Kers/Rijpma).

71 Kennelijk is daarvan geen sprake indien arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen (Kers/Rijpma), maar wel als arbiters de beslissing hebben gebaseerd op een onjuiste premisse (Nannini/SFT Bank). Vgl. De Boer & Meijer 2007, p. 55. Dit kan mijns inziens verklaard worden door de mate van inhoudelijke beoordeling die nodig is om de (aperte) ondeugdelijkheid van de motivering vast te stellen. Om vast te stellen of een verkeerde norm tot uitgangspunt is genomen, dient meer inhoudelijk onderzoek plaats te vinden door de beoordelende instantie dan wanneer de klacht betreft dat de motivering gebaseerd is op een onjuiste uitleg van een eerdere uitspraak.

sing kant noch wal raakt.⁷² Dit is een wezenlijk andere toetsing dan een volledige deugdelijkheidstoets ten aanzien van de inhoud van de motivering. Dit blijkt ook uit de uitkomst van Kers/Rijpma. De Hoge Raad maakt duidelijk dat, *ook al zou met het hof, moeten worden aangenomen* dat de arbiters een verkeerde norm tot uitgangspunt hebben genomen, dit niet meebrengt dat de motivering van het vonnis een steekhoudende verklaring ontbeert.⁷³ Met andere woorden: de Hoge Raad treedt niet in een beoordeling van de inhoud van de motivering. De Hoge Raad verricht anders dan de advocaat-generaal geen enkel onderzoek of inderdaad de verkeerde norm was toegepast door de arbiters. Daarmee geeft de Hoge Raad mijns inziens een duidelijke waarschuwing af ten aanzien van de grenzen die de overheidsrechter in acht behoort te nemen.⁷⁴ Alleen als met een zeer beperkte inhoudelijke toetsing vastgesteld kan worden dat de motivering evident ondeugdelijk is, mag de motivering gelijkgesteld worden aan geen motivering.

Ter beoordeling van de vraag of er sprake is van een apert ondeugdelijke motivering in de zin van artikel 6 EVRM, kan mijns inziens aansluiting worden gezocht bij de arbitrale jurisprudentie. Het Kers/Rijpma-arrest (en ook Nannini/SFT Bank) sluit aan bij de Europese zaken De Moor tegen België en Georgiadis tegen Griekenland.⁷⁵ Laatstgenoemde zaken lijken mij typisch gevallen van een zodanig gebrekkige motivering dat die gelijkgesteld kunnen worden aan een geheel ongemotiveerde uitspraak. Er is nauwelijks inhoudelijke toetsing van de bestreden uitspraak voor nodig om vast te stellen dat de motivering een apert ondeugdelijk karakter heeft.

- Motiveringsgebreken in de ontbindingsbeschikking

Passen we de motiveringseisen uit artikel 6 EVRM toe op de ontbindingspraktijk, dan moet de conclusie zijn dat het merendeel van de ontbindingsbeschikkingen op het punt van de motivering in overeenstemming is met artikel 6 EVRM. Ondanks kritiek in de literatuur op de veelal slechts summier gemotiveerde toewijzingsbeschikkingen⁷⁶ levert artikel 6 EVRM voor deze beschikkingen niets op. De motivering in de trant van 'uit het verhandelde ter terechtzitting is gebleken dat de verhouding tussen partijen is verstoord', is niet in strijd met artikel 6

72 Conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.36 zoals weergegeven bij HR 22 december 2006, NJ 2008, 4 (Kers/Rijpma). Sniijders meende overigens in 1995 dat van een apert ondeugdelijke motivering ook sprake is wanneer de motivering slechts een verwijzing naar de processtukken van partijen en de mondelinge behandeling van de zaak inhoudt: H.J. Sniijders, Rond de arbitrage met name in bouwzaken, in: H.J. Sniijders & S.L. Buruma, Bouwarbitrage en civiele rechter, Deventer: Kluwer/Vereniging voor Bouwrecht 1995, p. 45. Gezien de nieuwe richtinggevende jurisprudentie van de Hoge Raad uit 2004 en 2006 betwijfel ik of dit een juist standpunt is. Van deze motiveringen kan niet worden gezegd dat ze berusten op een apert onjuist uitgangspunt of op geen enkele wijze zijn terug te voeren op de beslissing. Ze zijn niet zo gebrekkig dat ze met een geheel ongemotiveerd vonnis op één lijn gesteld moeten worden.

73 Vgl. ook HR 8 januari 2010, RvdW 2010, 132.

74 Vgl. noot H.J. Sniijders bij HR 22 december 2006, NJ 2008, 4 (Kers/Rijpma).

75 EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (De Moor/Belgium); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (Georgiadis/Greece).

76 Zie bijv. R.A.A. Duk, Over getuigschriften en zo. 100 jaar Wet op de Arbeidsovereenkomst, ArA 2009/3, p. 17.

EVRM. Er is immers een motivering. Dat deze motivering slechts summier en op de omstandigheden van het geval is toegespitst, is niet van belang in het licht van artikel 6 EVRM. Immers, het EHRM treedt niet in een beoordeling van de inhoud van de motivering. Ook voor de inhoudelijk onjuist gemotiveerde ontbindingsbeschikking levert artikel 6 EVRM niets op.⁷⁷ Zoals gezegd: artikel 6 EVRM ziet uitsluitend op een motiveringsplicht en niet op de inhoud van de motivering.

De ontbindingsbeschikkingen die mijns inziens wel in strijd zijn met artikel 6 EVRM, zijn de beschikkingen die een essentieel onderdeel van de zaak niet motiveren. Artikel 6 EVRM eist dat de wezenlijke bestanddelen van een beschikking gemotiveerd zijn. Gebeurt dit niet, dan is sprake van een inbreuk op artikel 6 EVRM. Daarbij kan gedacht worden aan de beschikking die niet motiveert of er ontbonden wordt op grond van gewijzigde omstandigheden dan wel een dringende reden, en in samenhang hiermee of er reden is voor het toekennen van een vergoeding,⁷⁸ aan de beschikking die, ondanks een uitdrukkelijk verzochte ontbindingsvergoeding, de afwijzing daarvan niet motiveert,⁷⁹ of aan de beschikking waarin niet tot uitdrukking is gebracht dat de hoogte van de toegekende vergoeding is bepaald onder meeweging van alle relevante factoren en niet wordt gerept over de omstandigheden die ter instructie van de hoogte van de verzochte vergoeding zijn aangevoerd.⁸⁰ Verder zijn ook de ontbindingsbeschikkingen die wel enige motivering bevatten, maar waarvan de motivering zo ondeugdelijk is dat zij gelijkgesteld moet worden aan het ontbreken van een motivering, in strijd te achten met artikel 6 EVRM. Naar analogie met de Europese zaken *De Moor tegen België en Georgiadis tegen Griekenland*⁸¹ en de jurisprudentie in arbitragezaken kan men daarbij denken aan de situatie dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, maar de motivering niet kan verklaren waarom de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt. Bijvoorbeeld de beschikking die de ontbinding van de arbeidsovereenkomst motiveert met de overweging dat dit gerechtvaardigd is nu een vergoeding wordt toegekend.⁸²

Overigens onderken ik dat het voorgaande geen structureel probleem vormt. Niets staat de rechter in het kader van de ontbindingsprocedure in de weg om zich te houden aan de motiveringseis van artikel 6 EVRM. De kantonrechter zal de ontbindingsbeschikking in het merendeel van de gevallen dan ook afdoende motiveren. Dit neemt echter niet weg dat in een incidenteel geval strijd met artikel 6 EVRM kan ontstaan, omdat een wezenlijk bestanddeel van de ontbindings-

77 Tenzij de motivering zo apert ondeugdelijk is, dat zij gelijkgesteld kan worden met geen motivering.

78 Vgl. Rb. Rotterdam 14 april 1987, NJ 1988, 207; Rb. Amsterdam 15 april 1992, JAR 1992/21.

79 Vgl. Rb. Groningen 28 april 1987 en 9 juli 1987, zoals weergegeven bij HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4 (HBM/Wielenga).

80 Hof Den Haag 18 augustus 2009, LJN BJ5643.

81 EHRM 23 juni 1994, nr. 16997/90, § 55 (*De Moor/Belgium*); EHRM 29 mei 1997, nr. 21522/93, § 41-43 (*Georgiadis/Greece*).

82 Vgl. de arbitrale zaak: Rb. Haarlem 13 januari 2010, LJN BL1528 en Hof Den Haag 14 oktober 2004, Prg. 2005/14.

beschikking niet gemotiveerd is of zo ondeugdelijk is dat de motivering gelijk te stellen is aan het ontbreken daarvan.⁸³

De Hoge Raad zou er goed aan doen zijn doorbrekingsjurisprudentie in overeenstemming te brengen met die van het EHRM. Door het openstellen van hoger beroep kan een schending van artikel 6 EVRM voorkomen worden.⁸⁴ Daartoe moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het niet motiveren van een uitspraak, hetgeen moet leiden tot doorbreking van het appèlverbod, en anderzijds het ondeugdelijk motiveren, hetgeen geen doorbreking rechtvaardigt.⁸⁵ Tussen deze twee uitersten bevindt zich het geval dat een motivering weliswaar gegeven is, maar die motivering zo gebrekkig is dat ze op één lijn gesteld moet worden met een ontbrekende motivering.⁸⁶ Ook voor dit geval moet, om een procedure in overeenstemming te brengen met de eisen van artikel 6 EVRM ter zake, doorbreking van het appèlverbod mogelijk zijn. Met deze beperkte uitbreiding van de doorbrekingsjurisprudentie kunnen bovendien de pragmatische bezwaren, die waarschijnlijk ten grondslag liggen aan het uitgangspunt van de Hoge Raad om motiveringsgebreken niet toe te laten als grond voor doorbreking, voldoende ondervangen worden. Enige praktische moeilijkheid is wellicht gelegen in het vaststellen van een grens tussen ondeugdelijke motiveringen die niet voor doorbreking in aanmerking komen en motiveringen die zo gebrekkig zijn dat deze op één lijn gesteld moeten worden met geheel ongemotiveerde uitspraken. Wanneer men ter beoordeling hiervan de Europese zaken *De Moor tegen België* en *Georgiadis tegen Griekenland* en de arbitrale zaken tot uitgangspunt neemt, is ook deze praktische moeilijkheid te overwinnen. Alleen motiveringen waarvan zonder inhoudelijke toetsing vastgesteld kan worden dat zij evident ondeugdelijk zijn, kunnen gelijkgesteld worden aan geen motivering. Daarbij kan als uitgangspunt gedacht worden aan motiveringen die een duidelijk onwettig en arbitrair karakter hebben, evident ondeugdelijk zijn doordat zij slechts verwijzen naar een vaag wettelijk begrip zonder waardering van de feiten, berusten op een evident onjuist uitgangspunt waardoor de motivering van de beslissing kant noch wal raakt, of op geen enkele manier op het dictum zijn terug te voeren.⁸⁷

83 Vgl. Hengstmengel & Mahabiersing 2009, p. 234.

84 Vgl. Kuijer & Sagel 2001, 2, p. 51.

85 A-G Leijten bepleitte deze tweedeling reeds in zijn conclusie bij HR 23 juni 1995, NJ 1995, 661. Ook de bestuursrechter lijkt deze te hanteren. Ondeugdelijke gemotiveerde uitspraken kunnen volgens de bestuursrechter niet leiden tot doorbreking van een appèlverbod. Zie bijv. CRvB 1 februari 2006, LJN AV1172; ABRvS 8 april 2009, 200901703/1/H2 en 200901703/2/H2; ABRvS 5 april 2006, 200506809/1. Voor niet-gemotiveerde uitspraken staat de deur evenwel op een kier. In ABRvS 2 oktober 2001, 200103677/2 werd doorbreking mogelijk geacht omdat partijen een incomplete uitspraak was toegezonden, de tweede pagina ontbrak. Verder zijn er verscheidene uitspraken waaruit, hoewel doorbreking niet werd aangenomen, blijkt dat de bestuursrechter niet uitgaat van het standpunt dat het niet of onjuist motiveren nooit reden kan zijn voor doorbreking van het appèlverbod. Zie bijv. CRvB 18 mei 2006, LJN AX8604; Hof Leeuwarden 5 november 2004, LJN AR7922; CRvB 1 februari 2006, LJN AV1172; CRvB 11 december 2003, LJN AO0321.

86 Vgl. De Boer & Meijer 2007, 2, p. 55.

87 Vgl. conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.36 zoals weergegeven bij HR 22 december 2006, NJ 2008, 4 (*Kers/Rijpma*).

2.4 Onrechtmatige rechtspraak

De onjuiste ontbindingsbeschikking en de ontbindingsbeschikking met een motiveringsgebrek, beide niet bestaande uit een kennelijke schrijf- of rekenfout, kunnen niet gerepareerd worden door doorbreking van het appèlverbod. In deze paragraaf richt ik mij op het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak. Kan dit leerstuk rechtsbescherming bieden tegen deze ondeugdelijke ontbindingsbeschikkingen? Ter beantwoording van deze vraag richt ik mij eerst op het (oude) standaardarrest van de Hoge Raad inzake onrechtmatige rechtspraak uit 1971. Vervolgens bespreek ik een nieuw baanbrekend arrest van de Hoge Raad uit 2009.

2.4.1 *Bezorgde procuratiehoudster-arrest 1971*

De Hoge Raad heeft in het *Bezorgde procuratiehoudster-arrest* uit 1971 voor de eerste maal een criterium geformuleerd voor aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak op de voet van toen nog artikel 1401 BW (oud), thans artikel 6:162 BW.⁸⁸ In die zaak verzocht een naamloze vennootschap de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van een werknemster die herhaaldelijk tijdens diensturen ontuchtige handelingen met een jeugdig vrouwelijk personeelslid zou hebben gepleegd. De kantonrechter wees het verzoek toe. Volgens de werknemster was de kantonrechter echter volstrekt aan de door haar aangevoerde argumenten voorbijgegaan, zonder dit te motiveren. Daarnaast had de kantonrechter, aldus de werknemster, weinig waarde gehecht aan de verklaringen van het Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB), dat tot tweemaal toe de aangevraagde ontslagvergunning had geweigerd. Verder zou de kantonrechter het herhaald bewijsaanbod van de werknemster om aan te tonen dat haar handelingen met het vrouwelijk personeelslid niet ontuchtig waren, zonder enige motivering hebben gepasseerd. Omdat tegen de ontbindingsbeschikking geen hoger beroep openstond, diende de werknemster een vordering tot schadevergoeding in tegen de Staat wegens onrechtmatige daad van de kantonrechter. Zowel de rechtbank in eerste aanleg als het hof in hoger beroep verklaarde de vordering niet-ontvankelijk. Het toetsen of de kantonrechter onzorgvuldig had gehandeld, zou neerkomen op een nieuwe beoordeling van de zaak, hetgeen een aantasting van het gezag van gewijsde van de beschikking van de kantonrechter zou betekenen. Vervolgens heeft de werknemster beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad.

Evenals de rechtbank en het hof wees ook de Hoge Raad in beginsel de mogelijkheid voor aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak af. Echter, op dit beginsel van niet-aansprakelijkheid is volgens de Hoge Raad één uitzondering mogelijk. De Hoge Raad overwoog:

‘dat slechts, indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing, zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, de Staat ter zake van de schending van het in artikel 6 van het Europese Verdrag

88 HR 3 december 1971, NJ 1972, 137. Vgl. V. van Bogaert, *De rechter beoordeeld*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu Uitgevers 2005, p. 217-227.

tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld'.⁸⁹

In casu was deze uitzondering niet van toepassing. Blijkens het arrest vormt het recht op een eerlijke en onpartijdige behandeling, zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM, de maatstaf voor de vaststelling van onrechtmatigheid van rechterlijk handelen.

Opvallend is dat het sinds de in de jaren tachtig ontwikkelde doorbrekingsjurisprudentie mogelijk is een appèlverbod te doorbreken op dezelfde grond als voor het aannemen van onrechtmatige rechtspraak: 'veronachtzaming van fundamentele rechtsbeginselen waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling kan worden gesproken'. Het Bezorgde procuratiehoudster-arrest heeft hierdoor aan belang ingeboet voor uitspraken die onder een appèlverbod vallen. Heeft de rechter een fundamenteel rechtsbeginsel veronachtzaamd waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling kan worden gesproken, dan is doorbreking van het appèlverbod mogelijk. De rechtsmiddelen zijn in dat geval niet uitgeput, zodat een actie uit onrechtmatige rechtspraak ingevolge het Bezorgde procuratiehoudster-arrest is uitgesloten.

De maatstaf uit dit arrest biedt, hoewel de Hoge Raad zich nog niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken over de mogelijkheid daartoe, zeer waarschijnlijk geen uitkomst voor de ontbindingsbeschikking met een motiveringsgebrek. Nu de Hoge Raad in het kader van de doorbrekingsjurisprudentie overweegt dat voor een schending van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, onvoldoende is dat de uitspraak niet naar de eisen der wet is gemotiveerd,⁹⁰ is aannemelijk dat de Hoge Raad ook in het kader van onrechtmatige rechtspraak schending van het motiveringsbeginsel onvoldoende zal vinden voor het aannemen van onrechtmatigheid.⁹¹ Dit is niet in overeenstemming met de jurisprudentie van het EHRM.⁹² Nu de Hoge Raad bij het formuleren van de maatstaf voor onrechtmatig rechterlijk handelen in het Bezorgde procuratiehoudster-arrest expliciet aanknoopt bij het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM, meen ik dat de Hoge Raad niet anders kan dan erkennen dat een motiveringsgebrek – in de zin van het ontbreken van een motivering of een zó ondeugdelijke motivering die gelijk te stellen is aan geen motivering – een schending vormt van een funda-

89 Nadien is dit criterium meermalen herhaald. Zie o.m. HR 17 maart 1978, NJ 1979, 204; HR 27 februari 1988, NJ 1989, 2; HR 8 januari 1993, NJ 1993, 558. Vgl. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel 6-IV. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet, Deventer: Kluwer 2011, nr. 385.

90 Zie § 4.3.5.

91 Smits 2008, p. 155. Volgens Smits verdient schending van het motiveringsbeginsel wel de kwalificatie van schending van een fundamenteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Vgl. ook S.C.J.J. Kortmann, Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het Anca-arrest, NJP 1993/25, p. 922.

92 Zie § 2.3.1 over schending van het motiveringsbeginsel.

menteel rechtsbeginsel waardoor niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken, en derhalve moet leiden tot de vaststelling van onrechtmatigheid van het rechterlijk handelen op grond van het Bezorgde procuratiehoudster-arrest.⁹³

Heikel punt in het kader van aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak wegens een motiveringsgebrek is vervolgens wel de aanwezigheid van causaal verband tussen het motiveringsgebrek en de schade. Het is immers veelal onduidelijk of de uitkomst van de beslissing anders was geweest wanneer het motiveringsgebrek zich niet had voorgedaan.⁹⁴ Om dit op te lossen kan aansluiting gezocht worden bij de jurisprudentie inzake beroepsaansprakelijkheid van advocaten wegens bijvoorbeeld het niet tijdig instellen van hoger beroep. In de procedure tot schadevergoeding uit onrechtmatige rechtspraak zal nagegaan moeten worden wat de uitkomst van de beslissing was geweest indien het motiveringsgebrek zich niet had voorgedaan, althans moet een schatting van die uitkomst gemaakt worden aan de hand van de goede en kwade kansen die de eiser zou hebben gehad wanneer het motiveringsgebrek zich niet had voorgedaan.⁹⁵

Voorts biedt de maatstaf uit het Bezorgde procuratiehoudster-arrest de werkgever of werknemer ook geen uitkomst in geval van een inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking.⁹⁶ Een onjuiste beoordeling kan niet aangemerkt worden als een veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken. Het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM ziet alleen op procedurele gebreken.⁹⁷ Het betreft dus een formele toets waarbij geen aansprakelijkheid kan worden aangenomen voor een onjuiste toepassing van het materiële recht.⁹⁸

2.4.2 Onrechtmatige rechtspraak herzien: Greenworld/Arbiters

Het Bezorgde procuratiehoudster-arrest uit 1971 is lange tijd het standaardarrest geweest omtrent de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen wegens

93 Vgl. Smits 2008, p. 155.

94 Dit zien we ook terug op Straatsburgs niveau. Het blijft meestal bij de vaststelling dat het nationale gerecht artikel 6 EVRM heeft geschonden door een onderdeel van zijn uitspraak niet te motiveren. Ten aanzien van de gevorderde schadevergoeding overweegt het EHRM naar vaste rechtspraak: 'The Court cannot speculate as to what the outcome of the domestic proceedings would be if the requirements of Article 6 § 1 had been complied with. In view of this, there is no causal link between the violation and the alleged pecuniary damage.' Zie bijv. EHRM 1 juli 2003, nr. 37801/87, § 43 (Suominen/Finland); EHRM 9 december 1994, nr. 18390/91, § 33 (Ruiz Torija/Spain); EHRM 19 februari 1998, nr. 20124/92, § 48 (Higgins/France); EHRM 6 september 2005, nr. 65518/01, § 121 (Salov/Ukraine).

95 Vgl. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (Baijings/ mr. H). Dit wordt het leerstuk 'verlies van een kans' genoemd. Zie meer uitgebreid hieromtrent: H. van der Burg, De kans op schadevergoeding bij een 'verloren kans', in: W. Dijkshoorn, N.J.H. Huls & S.D. Lindenberg, Waar gehakt wordt..., Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 183-208.

96 Vgl. F. Fernhout, Onrechtmatige rechtspraak herzien, NJB 201042, p. 2696; De Vries 1999, p. 520.

97 Vgl. M.H. Wissink & R. Meijer, Köbler: staatsaansprakelijkheid voor schending van gemeenschapsrecht door hoogste rechterlijke instanties, VrA 2004/1, p. 105.

98 Vgl. R. Meijer, Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters, MvV 2010/2, p. 13.

onrechtmatige rechtspraak. In 2009 heeft de Hoge Raad echter een nieuw baanbrekend arrest gewezen omtrent onrechtmatige rechtspraak, het Greenworld/Arbiters-arrest.⁹⁹

In het Greenworld/Arbiters-arrest van 4 december 2009¹⁰⁰ gaat het, kort gezegd, om het volgende. Tussen Sagro Aannemingsmaatschappij Zeeland B.V. (hierna Sagro) enerzijds en de Duitse vennootschap Grünland Helmut Aurenz GmbH & Co (hierna Grünland) en ASB Greenworld B.V. (hierna Greenworld) anderzijds is een geschil ontstaan over de betaling van een aantal in het kader van de uitvoering van een aannemingsovereenkomst door Sagro verzonden facturen. Sagro heeft arbitrage aangevraagd tegen zowel Grünland als Greenworld. In de arbitrale procedure heeft Greenworld een beroep gedaan op de onbevoegdheid van de arbiters, omdat een arbitrageovereenkomst ontbrak. De arbiters hebben zich desondanks bevoegd verklaard tot beslechting van het geschil. De vordering van Greenworld en Grünland tot vernietiging van het arbitrale vonnis is in drie instanties afgewezen. In dit geding stelt Greenworld zich op het standpunt dat de arbiters onrechtmatig hebben gehandeld door, ondanks het door haar gevoerde verweer dat een arbitrageovereenkomst ontbrak, welbewust hun bevoegdheid aan te nemen in de door Sagro geëntameerde arbitrageprocedure en veroordelende vonnissen jegens Greenworld te wijzen, waardoor zij inbreuk hebben gemaakt op haar recht om geschillenbeslechting door de gewone burgerlijke rechter te laten plaatsvinden. De rechtbank heeft de vordering van Greenworld afgewezen. Tegen die afwijzing is Greenworld in hoger beroep gegaan. Het hof oordeelt dat voor beantwoording van de vraag of de arbiters zich jegens Greenworld onrechtmatig hebben gedragen eenzelfde maatstaf moet worden aangelegd als voor overheidsrechters, met betrekking waartoe de Hoge Raad uitgangspunten heeft geformuleerd in het Bezorgde procuratiehoudster-arrest. Het hof verenigt zich vervolgens met het oordeel van de rechtbank dat noch het feit dat de arbiters zich ten onrechte bevoegd verklaard hebben, noch hetgeen Greenworld overigens met betrekking tot de instructie van de arbitrale procedure en de door de arbiters genomen beslissing heeft doen zeggen, de conclusie kan wettigen dat sprake is geweest van veronachtzaming van zodanig fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.

Greenworld heeft tegen voormelde overwegingen cassatieberoep ingesteld. Het cassatiemiddel stelt twee rechtsvragen aan de orde: (1) naar welke maatstaf moet worden beoordeeld of de arbiters jegens Greenworld onrechtmatig hebben gehandeld, en (2) naar welke maatstaf moet worden beoordeeld, indien ervan wordt uitgegaan dat de vernietigde uitspraak onrechtmatig is, of de betrokken scheidsrechters ook persoonlijk jegens de derde aansprakelijk zijn. De Hoge Raad stelt voorop dat met betrekking tot beide vragen, die ook in het kader van overheidsrecht-

99 Waarschijnlijk heeft de Europese zaak Köbler (HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, NJ 2004, 160) daarbij als katalysator gewerkt. Ingevolge dat arrest zijn lidstaten aansprakelijk voor een voldoende gekwalificeerde schending van het EU-recht door een hoogste rechterlijke instantie. Zie voor een bespreking van dit arrest en de consequenties daarvan voor Nederland, mijn bijdrage: Bij de Vaate 2012.

100 HR 4 december 2009, NJ 2011, 131.

spraak rijzen, een wettelijke regeling ten aanzien van arbiters ontbreekt. Voor de persoonlijke aansprakelijkheid van overheidsrechters geldt artikel 42 van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

De Hoge Raad overweegt dat gelet op de overeenstemming tussen overheidsrechtspraak en arbitrage, waarop ook de advocaat-generaal in zijn conclusie gewezen heeft, moet worden aanvaard dat voor beide vormen van rechtspraak slechts in uitzonderlijke gevallen een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechtelijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid.¹⁰¹ Dit neemt echter volgens de Hoge Raad niet weg

‘dat zich gevallen kunnen voordoen waarin blijkt dat de (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan. Wat de overheidsrechter betreft, geldt hier artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Daaruit volgt, mede gelet op de bij de parlementaire behandeling gegeven toelichting, dat de betrokken rechterlijke ambtenaar niet persoonlijk aansprakelijk is voor schade die een gevolg is van een onjuiste rechterlijke uitspraak, maar dat indien de Staat terzake met succes zou kunnen worden aangesproken en sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de rechterlijke ambtenaar wel op hem regres kan worden genomen. Bij arbiters ligt dit in zoverre anders dat een wettelijke regeling ontbreekt, maar het hiervoor in 3.5 overwogene rechtvaardigt, mede in het licht van de voor regres op rechterlijke ambtenaren geldende norm, de slotsom dat arbiters slechts persoonlijk aansprakelijk kunnen worden gesteld indien zij met betrekking tot de vernietigde beslissing opzettelijk of bewust roekeloos hebben gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt.’

In de relevante literatuur bestaat naar aanleiding van vorenstaand arrest discussie over de vraag of de Hoge Raad alleen een maatstaf heeft gegeven voor de persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters en rechters¹⁰² of ook een maatstaf geeft voor de aansprakelijkheid van de Staat voor onjuiste rechterlijke uitspraken.¹⁰³ Ik meen dat dit laatste het geval is. Allereerst is van belang te onderkennen dat in

101 De Hoge Raad noemt daarbij als argumenten dat (1) na het instellen van een rechtsmiddel een andere uitspraak volgt, niet hoeft te betekenen dat de vernietigde uitspraak onjuist was, en (2) de omstandigheid dat de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het voorgelegde geschil moet kunnen oordelen ertoe noopt om slechts in uitzonderlijke gevallen een vernietigde uitspraak onrechtmatig te achten.

102 Zie Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 386; Meijer 2010, p. 14.

103 Zie Fernhout 2010, p. 2698-2699; F.M.J. Verstijlen, Aansprakelijkheid Staat bij: artikel 64 Faillissementswet, in: Groene Serie Faillissementswet, Deventer: Kluwer 2011 en Rechterlijke ambtenaren bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6 Artikel 170, in: Groene Serie Onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 2011; R.C.J. Flach, Burgerlijk procesrecht, *Ars Aequi* Kwartaalsignaal 2011/119, p. 6653; noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, NJ 2011, 131; noot S.C.J.J. Kortmann bij HR 4 december 2009, JOR 2010/175.

het hiervoor besproken arrest twee rechtsvragen centraal staan. In rechtsoverweging 3.4 onderscheidt de Hoge Raad de twee rechtsvragen met zoveel woorden: (1) wanneer is een uitspraak die na het aanwenden van een rechtsmiddel wordt vernietigd onrechtmatig? En: (2) wanneer zijn de betrokken arbiters, indien ervan uit wordt gegaan dat de vernietigde uitspraak onrechtmatig is, persoonlijk aansprakelijk jegens derden? In de daarop volgende rechtsoverwegingen beantwoordt de Hoge Raad deze rechtsvragen, hoewel daarbij minder scherp onderscheid wordt gemaakt tussen beide vragen.

In rechtsoverweging 3.6 geeft de Hoge Raad een duidelijk antwoord op de tweede rechtsvraag. Voor de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters wordt aangeknoopt bij artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra). Dat de Hoge Raad hier een steekje laat vallen, meen ik met Fernhout, is van ondergeschikt belang.¹⁰⁴ Artikel 42 lid 3 Wrra sluit namelijk het regresrecht geheel uit voor schade die door onrechtmatige rechterlijke uitspraken is veroorzaakt. Hiermee ontvalt weliswaar de grondslag aan wat de Hoge Raad met voormelde overweging wil doen, namelijk de interne persoonlijke aansprakelijkheid van rechters voor onjuiste uitspraken verbinden met de geconstateerde vergelijkbaarheid van overheidsrechtspraak en arbitrage, om daaruit vervolgens af te leiden dat het gerechtvaardigd is om ook arbiters, zij het extern, alleen in geval van opzet of bewuste roekeloosheid (of kennelijke grove miskennis van hun taak) aansprakelijk te stellen.¹⁰⁵ Het tast echter mijns inziens het antwoord op de eerste rechtsvraag, de maatstaf voor onrechtmatige rechtspraak door arbiters, niet aan. Dit antwoord, wellicht wat minder duidelijk uit de uitspraak te destilleren als het antwoord op de tweede rechtsvraag, wordt mijns inziens gevormd door de overweging 'dat moeilijk kan worden aanvaard dat indien blijkt dat de (scheidings)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt, geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad bestaat'. Nu de Hoge Raad spreekt over '(scheidings)rechter' en dus uitdrukkelijk ook de overheidsrechtspraak bij de beoordeling van de vordering van Greenworld betreft,¹⁰⁶ moet hij daarbij het oog hebben gehad op aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak.¹⁰⁷ De rechter is namelijk nooit persoonlijk aansprakelijk jegens een derde. Ingevolge artikel 42 lid 1 Wrra is voor schade die een rechter bij de vervulling van zijn ambt aan een derde toebrengt en waarvoor hij zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk. Eventueel kan er wel sprake zijn van een interne aansprakelijkheid van de rechter jegens de Staat, namelijk in geval van opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁰⁸ Dit interne regresrecht (interne aan-

104 Fernhout 201042, p. 2699.

105 Vgl. ook noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, NJ 2011, 131.

106 Noot S.C.J.J. Kortmann bij HR 4 december 2009, JOR 2010/175.

107 Fernhout 2010, p. 2698.

108 Artikel 42 lid 2 Wrra. Dit interne regresrecht van de Staat op de individuele rechter geldt echter niet voor onrechtmatige rechterlijke uitspraken. Artikel 42 lid 3 Wrra sluit interne aansprakelijkheid jegens de Staat voor onrechtmatige uitspraken categorisch uit.

sprakelijkheid) gaat echter pas op indien allereerst de Staat aansprakelijk gesteld is voor de onrechtmatige daad begaan door de rechter.

Uit de voorgaande analyse van het arrest volgt mijns inziens dat de Hoge Raad niet alleen een criterium ontwikkeld heeft voor de persoonlijke aansprakelijkheid van arbiters, maar door expliciet ook de overheidsrechter in zijn beoordeling te betrekken de gelegenheid te baat heeft genomen om een nieuwe maatstaf te ontwikkelen voor staatsaansprakelijkheid uit onrechtmatige overheidsrechtspraak.

2.4.3 *Consequenties Greenworld/Arbiters voor de ontbindingspraktijk*

Het Greenworld/Arbiters-arrest heeft mijns inziens belangrijke gevolgen voor de praktijk. De grenzen voor onrechtmatige rechtspraak zijn ten opzichte van 1971 aanzienlijk verruimd. Staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak is aan te nemen voor opzettelijk of met bewuste roekeloosheid gedane uitspraken of wanneer de rechter heeft gehandeld met kennelijk grove miskennis van wat een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Het behelst in tegenstelling tot de formele maatstaf uit 1971 een materieel criterium, waarin ook de inhoud van een uitspraak ter discussie gesteld kan worden.

Ter invulling van het criterium 'kennelijke grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling' kan mijns inziens aansluiting worden gezocht bij het Europese criterium van 'een voldoende gekwalificeerde schending' zoals ingevolge het Köbler-arrest vereist is voor lidstaataansprakelijkheid vanwege schending van het EU-recht door een hoogste rechterlijke instantie.¹⁰⁹ Voor het onderscheid tussen een 'miskennis van een behoorlijke taakvervulling' en 'een kennelijk grove miskennis van een behoorlijke taakvervulling' moet mijns inziens gekeken worden naar de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan en de vraag of de rechtsdwaling verschoonbaar is. Wanneer er een duidelijke regel uit de wet of vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt en de rechter desondanks die regel miskent, wil ik aannemen dat er sprake is van een 'kennelijke grove miskennis door de rechter van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt'. Daarmee biedt de nieuwe maatstaf uitkomst voor inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikkingen. Denk bijvoorbeeld aan de zaak *Woesthoff/Intershow*, waarin de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbond vanwege zwangerschap van de werkneemster.¹¹⁰ Nu deze discriminatoire beslissing evident in strijd is met de duidelijke Europese richtlijn inzake gelijke behandeling op grond van geslacht,¹¹¹ handelt de kantonrechter mijns inziens met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervul-

109 HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, NJ 2004, 160 (Köbler).

110 Ktr. Hilversum 9 mei 1990, zoals weergegeven bij HR 24 april 1992, NJ 1992, 672 (*Woesthoff/Intershow*). Nog afgezien van het feit dat deze beslissing mijns inziens ook op grond van het Köbler-arrest (HvJ EG 30 september 2003, nr. C-224/01, NJ 2004, 160) tot aansprakelijkheid van de Staat moet leiden. Er is sprake van een gekwalificeerde schending van het EU-recht.

111 Een ontslag wegens zwangerschap of afwezigheid gedurende zwangerschaps- en bevallingsverlof is in strijd met Richtlijn 76/207/EG van de Raad van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, PB 1976, L 39. Zie HvJ EG 8 november 1990, C-179/88 (Hertz); HvJ EG 30 juni 1998, C-394/96, NJ 1999, 476 (Brown). Vgl. W.L. Roozendaal, *Werk en privé*. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht (diss. VU Amsterdam), 2011, p. 219.

ling meebrengt. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de kantonrechter die de arbeidsovereenkomst ontbindt met terugwerkende kracht.¹¹² Dit is namelijk in strijd met artikel 7:685 lid 2 BW en vaste jurisprudentie van de Hoge Raad,¹¹³ die op dit punt geen twijfel laten.

Niet geheel duidelijk is of de Hoge Raad met het Greenworld/Arbiters-arrest de maatstaf uit 1971 heeft afgedaan of dat de nieuwe maatstaf als een uitbreiding gezien moet worden op de maatstaf uit 1971. Mij lijkt dit laatste het meest aanneemelijk.¹¹⁴ Het zou onwenselijk zijn wanneer fundamentele fouten in de voorbereiding, die niet zijn te scharen onder 'opzet, bewuste roekeloosheid of kennelijke grove miskennen van een behoorlijke taakvervulling', niet meer kunnen leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Fernhout leidt overigens wel een beperking uit het Greenworld/Arbiters-arrest af. Het arrest gaat, naar zijn zeggen, alleen over vernietigde beslissingen. Voor niet-vernietigde beslissingen geldt volgens hem uitsluitend de maatstaf van het Bezorgde procuratiehoudster-arrest.¹¹⁵ Mijns inziens moet het Greenworld/Arbiters-arrest echter niet met die beperking worden opgevat. Het feit dat de Hoge Raad overweegt dat slechts in uitzonderlijke gevallen *een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheidings)rechtelijke uitspraak* kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen, kan juist worden gezien als een verbreding. Niet alleen als er geen rechtsmiddel is of heeft opengestaan, zoals de Hoge Raad in 1971 tot uitgangspunt nam, maar ook als er wel een rechtsmiddel heeft opengestaan en de uitspraak onjuist is bevonden, kan er aanleiding zijn voor een vordering uit onrechtmatige daad. Ook als in hoger beroep een fout wordt teruggedraaid, neemt dit vaak niet weg dat de schade reeds is geleden.¹¹⁶ Bovendien zou het ongerechtvaardigd zijn dat voor een beslissing waartegen nooit een rechtsmiddel heeft opengestaan, en die dus per definitie definitief is, de beperkte aansprakelijkheidsnorm uit 1971 geldt en daarmee haast iedere rechtsbescherming tegen een onjuiste uitspraak uitsluit, terwijl voor een soortgelijke beslissing, die wel in hoger beroep aantastbaar is, wel aansprakelijkheid gevestigd kan worden.¹¹⁷

112 Zie bijv. HR 26 november 1999, NJ 2000, 210; HR 9 oktober 1992, NJ 1992, 771; Ktr. Amsterdam 7 februari 1997, JAR 1997/220; Ktr. Amsterdam 16 juli 1997, JAR 1997/177; Rb. Alkmaar 7 augustus 1997, JAR 1997/224. Tenzij 'herstel' (artikel 31 Rv) uitkomst kan bieden.

113 HR 26 mei 1966, NJ 1966, 345; HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 79. Vgl. ook V.M.C. Rasquin, Ontbinding met terugwerkende kracht en WW, *ArbeidsRecht* 1998, 14.

114 Zie ook Flach 2011, p. 6653; noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, NJ 2011, 131.

115 Fernhout 2010, p. 2699. Dit verklaart volgens hem ook waarom in HR 19 maart 2010, NJ 2010, 172 nog de oude criteria worden gehanteerd. Echter, in die zaak gaat het niet om onrechtmatige rechtspraak. Zie het betoog van A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie bij HR 19 maart 2010, NJ 2010, 172, onder 2.22.

116 Vgl. Van Bogaert 2005, p. 235.

Van Bogaert noemt hierbij het voorbeeld dat door een fout van de rechter een bedrijf failliet wordt verklaard, hetgeen in hoger beroep wordt teruggedraaid, maar de curator de boedel in de tussentijd al heeft vereffend. V.V.R. van Bogaert, *Onrechtmatige rechtspraak: een nieuw criterium*, AA 2006/2, p. 109.

117 Voorgaande beperking wordt ook niet gesteld door: Meijer 2010, p. 14; noot J.B.M. Vranken bij HR 4 december 2009, NJ 2011, 131; noot S.C.J.J. Kortmann bij HR 4 december 2009, JOR 2010/175.

2.5 Conclusie rechtsmiddelenverbod

Met betrekking tot de eerste bijzondere procesregel in de ontbindingsprocedure, het appèlverbod, kan geconcludeerd worden dat het ontwerp van de ontbindingsprocedure op dit punt niet in strijd is met artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM voorziet niet in berechting van een zaak in twee feitelijke instanties. Dit neemt niet weg dat de ontbindingsprocedure, net als iedere andere procedure in hoogste en laatste instantie, soms in strijd kan zijn met artikel 6 EVRM, bijvoorbeeld omdat de kantonrechter verzuimt het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen. Ook dergelijke incidentele schendingen van artikel 6 EVRM kunnen echter, ondanks het appèlverbod, veelal in hoger beroep hersteld worden. Alleen op het punt van schending van het door artikel 6 EVRM gewaarborgde motiveringsbeginsel is aanpassing van de doorbrekingsjurisprudentie door de Hoge Raad aanbevelenswaardig. Verder is gezien dat ook de inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking, die geen schending van artikel 6 EVRM inhoudt, onder bepaalde omstandigheden gecompenseerd kan worden door toepassing van het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak.

3 Bewijsrecht in de ontbindingsprocedure

3.1 Achtergrond bewijsrecht in de ontbindingsprocedure

De tweede procesrechtelijke bijzonderheid in de ontbindingsprocedure ziet op de niet integrale toepassing van het wettelijk bewijsrecht. In de jaren tachtig van de vorige eeuw heeft de Hoge Raad reeds geoordeeld dat de rechter in een ontbindingsprocedure niet gebonden is aan de wettelijke bewijsregels,¹¹⁸ dat wil zeggen dat hij niet verplicht is ze toe te passen.¹¹⁹

Bij de behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de herziening van het bewijsrecht in 1988 werd voor het eerst van regeringszijde de vraag aan de orde gesteld of het wettelijk bewijsrecht van overeenkomstige toepassing moest zijn in de verzoekschriftprocedure. Men vond van niet. Aangenomen werd dat het niet contentieuze karakter van deze procedures zich verzette tegen de toepassing van bepaalde wettelijke bewijsregels.¹²⁰ Artikel 182 lid 1 (oud) Rv verklaarde slechts een aantal bepalingen van formeel bewijsrecht van overeenkomstige toepassing in verzoekschriftprocedures.¹²¹ Uitgezonderd waren onder meer het recht op bewijs door getuigen en het horen van deskundigen.¹²² Dit betekende overigens niet dat de niet genoemde bewijsregels zonder meer waren uitgesloten van toe-

118 HR 3 december 1982, NJ 1983, 182. Vgl. HR 19 april 1985, NJ 1985, 699. Vgl. ook HR 22 november 1996, NJ 1997, 205; HR 5 maart 1999, NJ 1999, 676; HR 29 september 2000, NJ 2001, 302.

119 Vgl. H. van der Meer, Naar een laatste 'Aanbeveling'? Het ontbindingsprocesrecht nader ingevuld, in: E. Lutjens (red.), *De Le(e)nigheid van het Sociaal Recht*, Amsterdam: VU uitgevers 2006, p. 282.

120 Zie G.R. Rutgers, R.C.J. Flach & G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988, p. 123, 127-128.

121 Wet van 3 december 1987, houdende nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, Stb. 1987, 590.

122 Conclusie A-G Bakels bij HR 9 januari 1988, NJ 1999, 413.

passing in de verzoekschriftprocedure. Analoge toepassing van de niet genoemde artikelen van bewijsrecht werd volgens de parlementaire geschiedenis overgelaten aan de rechter.¹²³ Nadat in de literatuur veelvuldig gepleit was voor die analoge toepassing van het bewijsrecht in verzoekschriftprocedures met een contentieus karakter,¹²⁴ is de Hoge Raad in een alimentatiezaak uit 1999 'om' gegaan. Afgepast werd, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM, van de tot dan toe geldende uitsluiting van het wettelijk bewijsrecht in verzoekschriftprocedures.¹²⁵ De Hoge Raad overwoog:

'Blijkens de geschiedenis van zijn totstandkoming beoogt artikel 182 Rv niet analogische toepassing van daar niet genoemde bepalingen van bewijsrecht in verzoekschriftprocedures uit te sluiten. De rechtsontwikkeling sedertdien gaat duidelijk in de richting dat de bepalingen van bewijsrecht ook gelden in verzoekschriftprocedures, tenzij de aard van de desbetreffende verzoekschriftprocedure zich tegen toepasselijkheid van de betrokken bepaling verzet. Zulks is in overeenstemming met de steeds verdergaande doorwerking van de beginselen van een behoorlijke rechtspleging zoals deze blijkens de rechtspraak besloten liggen in artikel 6 EVRM.'

De vraag of de Hoge Raad de uitzondering 'tenzij de aard van de verzoekschriftprocedure zich tegen toepasselijkheid van de betrokken bepaling verzet' van toepassing zou verklaren op ontbindingsprocedures, werd in 2000 beantwoord in het arrest Kuiper/ING Bank.¹²⁶ De Hoge Raad bepaalde dat de opvatting van de rechtbank, dat de aard van de onderhavige ontbindingsprocedure zich niet leent voor (getuigen)bewijs of deskundigenonderzoek, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Inmiddels is sinds 1 januari 2002 de Wet tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken van kracht.¹²⁷ Hierdoor is in artikel 284 lid 1 Rv opgenomen dat het bewijsrecht in beginsel op verzoekschriftprocedures van overeenkomstige toepassing is. De wetsgeschiedenis bij voornoemd artikel merkt op dat er geen goede reden aanwezig is om bepaalde bewijsrechtelijke voorschriften nog uitdrukkelijk van overeenkomstige toepasselijkheid op de verzoekschriftprocedure uit te zonderen.¹²⁸ Ook nu geldt echter een uitzondering: 'tenzij de aard van de zaak zich daartegen verzet'. De memorie van toelichting noemt het voorbeeld van een zaak waarin er alleen een verzoeker is en geen belanghebbende. In dat geval kan het recht op tegenbewijs geen rol spelen. Maar ook de spoedeisendheid van een

123 Rutgers, Flach & Boon 1988, p. 121; C.M.H. Kroeks, *Bewijsrecht in ontbindingsprocedures*, ArbeidsRecht 2000, 21.

124 Zie conclusie A-G Bakels bij HR 9 januari 1988, NJ 1999, 413 en de daar genoemde literatuur.

125 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 694. Daarvoor had de Hoge Raad al een aantal maal de bewijsregels uit de dagvaardingsprocedure toegepast op bijstandszaken. Zie HR 21 maart 1975, NJ 1976, 279; HR 29 juni 1990, NJ 1991, 337; HR 4 februari 1994, NJ 1994, 364.

126 HR 29 september 2000, NJ 2001, 302.

127 Wet tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg van 6 december 2001, Stb. 2001, 580.

128 Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 157.

zaak kan aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften in de weg staan. Daarbij kan volgens de memorie van toelichting gedacht worden aan conservatoire maatregelen, ‘spoedeisende artikel 7:685 BW-procedures’ en voorlopige voorzieningen.¹²⁹

Na de invoering van artikel 284 lid 1 Rv heeft de Hoge Raad zich niet meer uitdrukkelijk uitgesproken over de toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht in de ontbindingsprocedure. Uit de beschikking van de Hoge Raad van juni 2004¹³⁰ valt evenwel op te maken dat de Hoge Raad zich ook onder het nieuwe recht niet op een ander standpunt stelt met betrekking tot de toepasselijkheid van de regels over *getuigenbewijs* in een spoedeisende ontbindingsprocedure.¹³¹ Het gerechtshof had in die procedure overwogen dat op grond van artikel 284 lid 1 Rv weliswaar de regels van bewijsrecht toepasselijk zijn op de verzoekschriftprocedure, maar dat het artikel een uitzondering maakt indien de aard van de procedure zich daartegen verzet. Met een beroep op de memorie van toelichting bij dit wetsartikel oordeelde het hof dat het in casu ging om een op een *spoedige* beslissing gerichte verzoekschriftprocedure, waarin in beginsel, ook na de invoering van het nieuwe procesrecht, zonder het houden van getuigenverhoren kan worden beslist. In cassatie wordt vervolgens geklaagd over de miskennis van de regels van bewijsrecht door het gerechtshof, in navolging van de kantonrechter. De Hoge Raad verwerpt echter het beroep met toepassing van artikel 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). De klachten kunnen volgens de Hoge Raad niet leiden tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling.

3.2 *Bewijsregels in strijd met spoedeisend karakter*

De memorie van toelichting bij artikel 284 Rv refereert in het kader van de tenzijclausule uitsluitend aan de spoedeisendheid van een ontbindingsprocedure. Die spoedeisendheid kan aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften in de weg staan.¹³² Niet duidelijk is echter of *alle* ontbindingsprocedures per definitie een spoedeisend karakter hebben, en bovendien, wanneer zij een spoedeisend karakter hebben, of zij zich dan tegen de toepasselijkheid van *alle* bewijsregels verzetten. De memorie van toelichting noch de jurisprudentie van de Hoge Raad na de invoering van voornoemd artikel spreekt zich hier uitdrukkelijk over uit. Met betrekking tot het eerste punt – of alle ontbindingsprocedures per definitie spoedeisend zijn en zich tegen toepassing van (bepaalde) bewijsrechtelijke voorschriften verzetten – zou gesteld kunnen worden dat uit de zinsnede in artikel 7:685 lid 2 BW ‘dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen’ moet worden afgeleid dat ontbindingsprocedures altijd spoedeisend (moeten) zijn. Historisch gezien was dit ook de bedoeling van de ontbindingsprocedure. De ontbindingsprocedure is in 1907 door de wetgever in het leven geroepen als een billijke oplossing voor situaties waarin het onrede-

129 Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 158.

130 HR 18 juni 2004, JAR 2004/168.

131 Vgl. E.T. Visser, Een gewichtige reden om te bewijzen, *ArbeidsRecht* 2004, 68.

132 Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 158.

lijk zou zijn om van partijen te eisen dat zij het ‘regelmatige’ einde van de arbeidsovereenkomst afwachten.¹³³ Wanneer in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een lange looptijd of een arbeidsovereenkomst met een bezwarend lange opzegtermijn sprake was van veranderende omstandigheden in de persoonlijke levenssfeer of financiële sfeer, welke niet te wijten waren aan een van de partijen, diende de mogelijkheid te bestaan de arbeidsovereenkomst op billijkheidsgronden *dadelijk of op korte termijn* te beëindigen.¹³⁴ Deze historische benadering is echter vandaag de dag niet meer gangbaar.¹³⁵ De ontbindingsprocedure is één van de twee hoofdwegen geworden om een arbeidsovereenkomst te beëindigen. Het ontbindingsverzoek wordt niet afgewezen op de grond dat het einde van de arbeidsovereenkomst ook via opzegging met toestemming van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) is te bewerkstelligen. Aan de woorden ‘dadelijk of na korte tijd’ wordt tegenwoordig hoogstens nog betekenis gehecht in het kader van een ontbinding op termijn.¹³⁶

Ook de wetsgeschiedenis bij artikel 284 lid 1 Rv gaat ervan uit dat niet iedere ontbindingsprocedure per definitie spoedeisend is en zich tegen toepassing van de wettelijke bewijsregels verzet.¹³⁷ Vermeld wordt dat de spoedeisendheid van een zaak in de weg kan staan aan toepassing van de bewijsrechtelijke voorschriften. Hierbij kan gedacht worden aan ‘(...) *spoedeisende* artikel 7:685 BW-procedures (...)’ (cursivering BdV).¹³⁸ Wanneer de wetgever van mening was dat alle ontbindingsprocedures per definitie spoedeisend zijn en zich verzetten tegen de toepassing van de wettelijke bewijsregels, was de toevoeging van de term ‘spoedeisende’ overbodig.¹³⁹ Bovendien laat ook de formulering van de tenzij-clausule bij artikel 284 Rv (‘tenzij de aard van de zaak zich tegen toepassing verzet’) ruimte om in niet-spoedeisende ontbindingsprocedures het wettelijk bewijsrecht wél aangewezen te achten. Dit criterium lijkt beperkter van karakter dan de eerder in de jurisprudentie geformuleerde uitzondering ‘aard van de procedure’.¹⁴⁰ Verder zijn ook in de jurisprudentie aanwijzingen te vinden voor het standpunt dat niet elke ontbindingsprocedure zich verzet tegen de overeenkomstige toepassing van het wettelijk bewijsrecht. Zo laat de formulering van de beschikking van de Hoge Raad uit 1996,¹⁴¹ ‘dat het *hier* gaat om een eenvoudige, op een spoedige beslissing gerichte verzoekschriftprocedure, waarin de rechter beslist zonder aan de wettelijke bewijsregels te zijn gebonden, zodat *in beginsel* zonder het houden van getuigen-

133 A.E. Bles, De Wet op de arbeidsovereenkomst IV, 's-Gravenhage 1909, p. 257. Vgl. M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn: N. Samson N.V. 1954, p. 83; M. Heemskerk, De ontbindingsprocedure is aan herziening toe, Arbeid Integraal 2002/6, p. 217.

134 Bles 1909, p. 257. Vgl. Hovens 2005, p. 51.

135 Vgl. L.H. van den Heuvel, Artikel 7A:1639w BW kan worden afgeschaft, in: Sociaal recht: de grenzen verkend, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 157.

136 Vgl. conclusie A-G Huydecoper bij HR 9 juli 2010, JAR 2010/198.

137 Vgl. C.J. Frikkee, Twee aandachtspunten bij de ontbindingsprocedure: bewijs en wraking, in: Arbeidsprocesrecht in beweging, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 12-13.

138 Kamerstukken II 1999/2000, 26 855, nr. 3, p. 158.

139 Vgl. Kroeks 2000.

140 Van der Meer 2006, p. 284.

141 HR 22 november 1996, RvdW 1996, 230.

verhoren op het verzoek kan worden beslist' (cursivering BdV), de ruimte voor het oordeel dat in sommige ontbindingsprocedures wel een getuigenverhoor gehouden moet worden. Ook de beschikking Kuiper/ING Bank¹⁴² uit 2000 brengt niet met zich dat men in de ontbindingsprocedure nooit gebonden is aan de wettelijke bewijsregels. De overweging dat het oordeel van de rechtbank dat de aard van de *onderhavige* ontbindingsprocedure zich niet leent voor (getuigen)bewijs of een deskundigenonderzoek *geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting* geeft, laat de mogelijkheid open dat in een andere (niet-spoedeisende) ontbindingsprocedure wel toepassing gegeven moet worden aan getuigenbewijs of een deskundigenonderzoek.¹⁴³ Verder gaat men er ook in de lagere jurisprudentie van uit dat de ontbindingsprocedure zich niet per definitie verzet tegen de toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht.¹⁴⁴

De al dan niet spoedeisendheid van een ontbindingsverzoek is volgens de wetsgeschiedenis bij artikel 284 lid 1 Rv een criterium van belang voor de vraag of de kantonrechter gebonden is aan het wettelijk bewijsrecht. Consequente toepassing kan een forse verandering opleveren voor onze ontbindingspraktijk. De kantonrechter zal in iedere ontbindingsprocedure waarin toepassing van het wettelijk bewijsrecht wordt verzocht, concreet moeten beoordelen aan de hand van de relevante omstandigheden van het geval of het ontbindingsverzoek al dan niet spoedeisend is. Dit kan een voor de praktijk lastige opgave zijn, want wanneer is een ontbindingsprocedure dan niet spoedeisend en verzet ze zich ingevolge artikel 284 lid 1 Rv niet tegen de overeenkomstige toepassing van het wettelijk bewijsrecht? De wetsgeschiedenis noch de jurisprudentie van de Hoge Raad laat zich daarover uit. In het hierna volgende probeer ik enige handvatten te ontwikkelen voor de kantonrechter.

Een duidelijk voorbeeld van een niet-spoedeisende ontbindingsprocedure lijkt mij het geval waarin de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever niet meer bestaat, zoals bijvoorbeeld bij een ontbinding na twee jaar ziekte van de werknemer,¹⁴⁵ of een ontbinding terwijl geen loon hoeft te worden doorbetaald op grond van artikel 7:628 BW, hetzij doordat de oorzaak van de verhindering de bedongen arbeid te verrichten in de risicosfeer ligt van de werknemer, hetzij doordat bij cao is bepaald dat de werknemer geen recht heeft op loon ondanks dat de verhindering voor risico komt van de werkgever.¹⁴⁶ Wellicht is het echter onder omstandigheden mogelijk om ook indien er nog wel een loondoorbetalingsverplichting van de werkgever bestaat, te oordelen dat de ontbindingsprocedure niet spoedeisend is en zich derhalve niet verzet tegen de toepassing van het wettelijk bewijsrecht. In dat geval zou een mogelijk bruikbaar criterium voor het vaststellen van de al dan niet spoedeisendheid van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter de vraag kunnen zijn of het onredelijk bezwarend is voor de werkgever om de

142 HR 29 september 2000, NJ 2001, 302.

143 Vgl. Frikkee 2012, p. 12.

144 Zie bijv. Ktr. Amsterdam 19 maart 2010, RAR 2010/118; Ktr. Zwolle 6 april 2005, LJN AT3565; Ktr. Utrecht 21 december 2001, JAR 2002/138; Rb. Amsterdam 6 maart 2001, JAR 2001/76.

145 Vgl. Van der Meer 2006, p. 284.

146 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 82.

ontbindingsprocedure enige tijd aan te houden voor de toepassing van het wettelijk bewijsrecht. Relevante gezichtspunten¹⁴⁷ in dat kader zouden mijns inziens kunnen zijn: (1) de financiële positie van de werkgever. Wanneer het gaat om een draagkrachtige werkgever, kan dit een indicatie zijn voor de rechter om de ontbindingsprocedure niet spoedeisend te oordelen, zelfs al is de aan de werknemer verweten gedraging van ernstige aard. Voor een werkgever met een goede financiële positie zal het mijns inziens namelijk minder snel onredelijk bezwarend zijn wanneer de ontbindingsprocedure enige tijd wordt opgehouden voor bijvoorbeeld het houden van een getuigenverhoor. De werkgever die de werknemer van de werkvloer wil weren vanwege de ernst van de verweten gedraging, kan dit bewerkstelligen door middel van een schorsing of non-actiefstelling, zij het met behoud van loondoorbetaling.¹⁴⁸ Relevant kan bovendien zijn (2) het feit of de werkgever al dan niet voortvarend te werk is gegaan bij het indienen van het verzoekschrift.¹⁴⁹ Heeft de werkgever lang getalmd met het indienen van het verzoek tot ontbinding nadat hem de feiten bekend waren waarop het ontbindingsverzoek gebaseerd is, dan lijkt mij dit een aanwijzing om de ontbindingsprocedure niet snel spoedeisend te oordelen. Verder kan mijns inziens ook (3) de vraag hoeveel vertraging de toepassing van het wettelijk bewijsrecht, bijvoorbeeld een getuigenverhoor, zal opleveren voor de procedure, een relevant gezichtspunt zijn. Hoe minder vertraging, des te eerder geoordeeld kan worden dat het niet onredelijk bezwarend is voor de werkgever om de ontbindingsprocedure enige tijd aan te houden voor de toepassing van het wettelijk bewijsrecht.

Overigens, laat duidelijk zijn dat ook als de kantonrechter meent dat de ontbindingsprocedure spoedeisend is en zich dus in principe verzet tegen de toepassing van het wettelijk bewijsrecht, dit niet weg neemt dat hij het bewijsrecht wel mag toepassen. Wanneer de spoedeisendheid van de ontbindingsprocedure volgens de kantonrechter niet opweegt tegen het belang van de andere partij bij toepassing van het wettelijk bewijsrecht, bijvoorbeeld vanwege het belang dat de werknemer heeft bij nader onderzoek in geval van betwisting van de verweten gedraging en de ernst van de gevolgen van de ontbinding voor hem, staat het hem vrij om ondanks de spoedeisendheid toch over te gaan tot bijvoorbeeld een getuigenverhoor. Hij is hiertoe echter niet verplicht.

In samenhang met het voorgaande, en daarmee kom ik toe aan mijn tweede punt – of, indien wordt aangenomen dat er sprake is van een spoedeisende ontbindingsprocedure, *alle* bewijsregels zich tegen toepassing verzetten –, acht ik het niet aannemelijk dat de wetgever of de Hoge Raad met de invoering van artikel 284 lid 1 Rv bedoeld heeft om het gehele wettelijke bewijsrecht in een spoedeisende ontbindingsprocedure buiten boord te houden. Als namelijk alleen de spoedeisendheid van een ontbindingsprocedure in de weg kan staan aan toepassing van de wettelijke bewijsregels, is het aannemelijk dat ook alleen die concrete bewijsrechtelijke voorschriften die daadwerkelijk invloed hebben op de snelheid van de procedure, en daarmee aan een spoedige beslissing in de weg kunnen

147 De hierna door mij genoemde gezichtspunten zijn niet limitatief bedoeld.

148 HR 21 maart 2003, JAR 2003/91 (Van der Gulik/Vissers&Partners).

149 Vgl. Ktr. Amsterdam 19 maart 2010, RAR 2010/118.

staan, van overeenkomstige toepassing zijn uitgezonderd. Hoewel op grond van de formulering van artikel 284 lid 1 Rv, 'De negende afdeling van de tweede titel is van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de zaak zich hiertegen verzet', betoogd kan worden dat wanneer de 'tenzij-clausule' zich voordoet de gehele afdeling bewijsrecht niet van toepassing is, bevat de jurisprudentie een duidelijke aanwijzing voor het tegendeel. De Hoge Raad overwoog namelijk in zijn beschikking van mei 1999¹⁵⁰ dat de rechtsontwikkeling duidelijk gaat in de richting dat de bepalingen van bewijsrecht ook gelden in verzoekschriftprocedures, 'tenzij de aard van de desbetreffende verzoekschriftprocedure zich tegen toepasselijkheid van de betrokken bepaling verzet'. Deze formulering van de tenzij-regel maakt duidelijk dat wanneer deze uitzondering zich voordoet, dit niet automatisch meebrengt dat alle bewijsregels niet van toepassing zijn, maar slechts de 'betrokken bepaling'.¹⁵¹ Nu de Hoge Raad in voormelde beschikking uitdrukkelijk vermeldt dat de ontwikkeling van steeds verdergaande toepassing van het bewijsrecht in verzoekschriftprocedures aansluit bij artikel 6 EVRM, is het niet aannemelijk dat de Hoge Raad of de wetgever met de invoering van artikel 284 lid 1 Rv weer een 'stap' terug heeft willen doen in deze rechtsontwikkeling, door aan te nemen dat een spoedeisende ontbindingsprocedure zich tegen *alle* wettelijke bewijsregels verzet.

Gezien het voorgaande moet mijns inziens in iedere spoedeisende ontbindingsprocedure concreet bezien worden welke bepalingen van bewijsrecht wel buiten toepassing moeten blijven en welke niet. In het hierna volgende probeer ik een onderscheid te maken tussen beide categorieën.

Bij de eerste categorie – bepalingen van bewijsrecht waartegen het spoedeisende karakter van een ontbindingsprocedure zich *wel* kan verzetten – kan men allereerst denken aan de regels die betrekking hebben op de bewijslevering. De spoedeisendheid van een ontbindingszaak kan aan uitvoerige bewijslevering in de weg staan. Hierbij moet voornamelijk gedacht worden aan bewijslevering door middel van getuigenverhoren en/of deskundigenberichten, gezien de tijdrovendheid daarvan in vergelijking met bijvoorbeeld het leveren van schriftelijk bewijs. Met deze beperkte mogelijkheid van bewijslevering hangt samen dat ook de 'normale' bewijslast niet kan gelden in een spoedeisende ontbindingsprocedure. Naar in de literatuur wordt aangenomen,¹⁵² en ook in de rechtspraak wordt erkend,¹⁵³ geldt voor een partij in de ontbindingsprocedure dat zij haar stelling 'aannemelijk moet maken'. Dit aannemelijk maken wordt gezien als een lichtere vorm van bewijs.¹⁵⁴

150 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 694.

151 Dit lijkt ook reeds de opvatting van de Staatscommissie bij de herziening van het nieuwe bewijsrecht in 1988. Zie Rutgers, Flach & Boon 1988, p. 119.

152 Zie bijv. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 450; Van der Meer 2006, p. 282.

153 Zie bijv. Ktr. Breda 5 augustus 2010, JAR 2010/220, r.o. 3.9; Ktr. Arnhem 25 juni 2008, JAR 2008/230; Ktr. Zutphen 21 juni 2001, JAR 2001/152, r.o. 3.1.

154 H.J.W. Alt, Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en het ambtenarenrecht, Deventer: Kluwer 2009, p. 64-65; Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 210; C. Bosse, Bewijslastverdeling in het Nederlandse en Belgische arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2003, p. 12-13; I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 11.

De rechter zal eerder concluderen tot het vaststaan van de feiten dan in het geval dat deze feiten bewezen dienen te worden.¹⁵⁵ Het betreft dus vooral een vorm van bewijswaardering. Het gaat om de mate van bewijs die in het kader van de bewijswaardering nodig is om te kunnen zeggen dat een bepaald feit bewezen is.¹⁵⁶ Door hogere ('bewijzen') of juist lagere eisen ('aannemelijk maken') te stellen aan de waardering van het bewijsmateriaal, kan de rechter de bewijslast van een partij verzwaren of verlichten.¹⁵⁷ Aldus kan de rechter door de waardering van het aanwezige bewijsmateriaal rekening houden met de bewijspositie van partijen.¹⁵⁸

Tot de categorie bewijsregels die *niet* aan een spoedige beslissing in de ontbindingsprocedure in de weg zullen staan, en mijns inziens dus zonder meer van toepassing moeten zijn in de ontbindingsprocedure, ook al is deze spoedeisend, behoren allereerst de regels over bewijslastverdeling. De ratio van bewijslastverdeling is gelegen in het bewerkstelligen dat steeds, ook al is er geen duidelijkheid omtrent de feiten, een bindende vaststelling van de rechtstoestand tussen partijen tot stand komt.¹⁵⁹ Ingevolge artikel 26 Rv mag de rechter bij onduidelijkheid over de feiten partijen niet zonder beslissing naar huis sturen.¹⁶⁰ De rechter moet de knoop doorhakken en de bewijslastverdeling voorkomt dat dit ter vrije discretie van de rechter staat.¹⁶¹ De kern van bewijslastverdeling is aldus het toedelen van het bewijsrisico aan een der partijen.¹⁶² Het gaat om de vraag welke partij het risico moet dragen van het al of niet vaststaan van de feiten. De regel die duidelijk maakt bij wie het bewijsrisico ligt, heeft geen invloed op de snelheid van de procedure, zodat deze regel ook in spoedeisende ontbindingsprocedures kan worden toegepast. Ook in een spoedeisende ontbindingsprocedure moet de kantonrechter, ook al is er onduidelijkheid over de feiten, de rechtsverhouding tussen partijen bindend vaststellen.

Verder behoren mijns inziens eveneens andere algemene bepalingen van bewijsrecht, die niets van doen hebben met de bewijslevering en derhalve geen invloed hebben op de snelheid van de procedure, zonder meer toepassing te vinden in een spoedeisende ontbindingsprocedure. Gedacht kan worden aan de bepalingen opgenomen onder paragraaf 1 (artikel 149-155 Rv) en 2 (artikel 156-161 Rv) van afdeling 9, titel 2 Rv. Daarin zijn onder andere de regels te vinden over dwingend bewijs, vrije bewijswaardering, de gerechtelijke erkenning en akten, alsook de bepaling dat bewijs kan worden geleverd door alle middelen en de bepaling dat de rechter ten overstaan van wie in een zaak bewijs is bijeengebracht, daarin zo veel als mogelijk het eindvonnis zal wijzen.

155 Alt 2009, p. 64-65; Bosse 2003, p. 12-13.

156 Vgl. Giesen 2001, p. 11. Giesen noemt dit de bewijswaarderingsmaatstaf. Zie ook Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 21.

157 Vgl. Schuurmans 2005, p. 306.

158 Bosse 2003, p. 26. Deze waarderingsvrijheid vloeit voort uit artikel 152 lid 2 Rv en geldt mijns inziens ook onverkort in de ontbindingsprocedure.

159 Bosse 2003, p. 15.

160 Vgl. ook artikel 13 Wet algemene bepalingen en de artikelen 23, 24 en 25 Rv.

161 W.H.D. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 56.

162 Asser 2004, p. 42. Vgl. ook Schuurmans 2005, p. 23.

De jurisprudentie bevat ook aanknopingspunten voor de in het voorgaande aangebrachte tweedeling. Het spoedeisende karakter van de ontbindingsprocedure dat zich tegen toepassing van het wettelijk bewijsrecht kan verzetten, wordt, voor zover ik heb kunnen nagaan, alleen in verband gebracht met de regels over bewijslevering¹⁶³ en, daarmee verband houdend, de bewijswaarderingsmaatstaf.¹⁶⁴

3.3 Artikel 6 EVRM en het bewijsrecht

Verscheidende auteurs menen dat de beperkte mogelijkheid voor bewijslevering in (spoedeisende) ontbindingsprocedures problematisch is in het licht van artikel 6 EVRM.¹⁶⁵ Volgens hen staat de ontbindingsprocedure op het punt van de bewijslevering, in combinatie met het appèlverbod van artikel 7:685 lid 11 BW, op gespannen voet met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde beginsel van 'equality of arms'. In het navolgende onderzoek ik welke eisen artikel 6 EVRM stelt aan de bewijslevering en in samenhang daarmee of de spoedeisende ontbindingsprocedure, waarin de regels over bewijslevering niet onverkort van toepassing zijn en bovendien een appèlverbod geldt, in overeenstemming is met voornoemde norm.

3.3.1 Eisen artikel 6 EVRM aan het bewijsrecht

Hoewel het bewijsrecht niet expliciet wordt behandeld door het EVRM, heeft het EHRM de mogelijkheid tot bewijslevering in verband gebracht met het beginsel van 'equality of arms', dat deel uitmaakt van het recht op een 'fair hearing' zoals gewaarborgd door artikel 6 EVRM.¹⁶⁶ Volgens vaste rechtspraak van het EHRM houdt 'equality of arms' in 'that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent'.¹⁶⁷ Procespartijen moeten dus een redelijke en gelijke kans krijgen om hun zaak voor te leggen aan de rechter en om hun stellingen te bewijzen.¹⁶⁸ Geen der partijen mag ten opzichte van de andere partij in een bevoorrechte positie geplaatst worden.¹⁶⁹ Zo heeft het EHRM schending van het beginsel van 'equality of arms' aangenomen wanneer een der partijen wel en de andere niet als partijgetuige gehoord wordt,¹⁷⁰

163 Zie HR 18 juni 2004, JAR 2004/168; Hof Den Haag 3 november 2009, JIN 2010/ 242; Hof Den Haag 21 oktober 2009, JAR 2010/15; Ktr. Haarlem 16 maart 2011, RAR 2011/83; Ktr. Amsterdam 16 april 2004, JAR 2004/121; Ktr. Middelburg 16 oktober 2003, JAR 2004/142.

164 Aannemelijk maken is voldoende in het kader van een ontbindingsprocedure. Zie bijv. Ktr. Breda 5 augustus 2010, JAR 2010/220, r.o. 3.9; Ktr. Arnhem 25 juni 2008, JAR 2008/230; Ktr. Zutphen 21 juni 2001, JAR 2001/152, r.o. 3.1.

165 Zie bijv. Kuijer & Sagel 2001, p. 54-55; Hovens 2005, p. 53. Alt 2009, p. 236-237; Hengstmengel & Mahabiersing 2009, p. 234; Verburg 2011, p. 288. Vgl. ook Kamerstukken II 2011/12, 33 075, nr. 3, p. 5.

166 Logghe 1996/1997, p. 282. Vgl. ook Smits 2008, p. 124 en 131.

167 Zie bijv. EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88, § 33 (Dombo/The Netherlands); EHRM 27 maart 2008, nr. 34499/06, § 19 (Peric/Croatia); EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05, § 78 (Olujic/Croatia); EHRM 23 oktober 1996, nr. 17748/91, § 38 (Ankerl/Switzerland).

168 Vgl. Kuijer & Sagel 2001, p. 55.

169 V.C.A. Lindijer, De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 171.

170 EHRM 27 oktober 1993, nr. 14448/88 (Dombo/The Netherlands).

alsook wanneer een der partijen op willekeurige gronden geen enkele gelegenheid krijgt tot getuigenbewijs, terwijl de wederpartij haar getuigen wel mag doen horen.¹⁷¹ Er geldt echter wel een beoordelingsmarge.¹⁷² De rechter hoeft niet al het bewijs toe te laten. In de zaak Mantovanelli overweegt het EHRM: 'It is for the national courts to assess the evidence they have obtained and the relevance of any evidence that a party wishes to have produced.'¹⁷³ Dit biedt de rechter de mogelijkheid om een overbodig bewijsaanbod, een bewijsaanbod dat betrekking heeft op feiten van algemene bekendheid, of een aanbod van bewijsmiddelen die niet relevant kunnen zijn voor de beslechting van het geschil ter zijde te stellen. De rechter mag een bewijsaanbod echter niet passeren op grond van een prognose omtrent het te verwachten resultaat van de bewijslevering. Dit is in strijd met het beginsel van gelijkheid der wapenen.¹⁷⁴ Er mag niet vooruitgelopen worden op de uitslag van de bewijsvoering.¹⁷⁵

Het EVRM ziet niet op andere aspecten van het bewijsrecht dan de bewijslevering. Het Hof laat de regels in verband met de toelaatbaarheid van het bewijs,¹⁷⁶ de bewijswaardering¹⁷⁷ en de bewijslastverdeling¹⁷⁸ over aan de nationale wetgever en rechter.

3.3.2 'Equality of arms' in de ontbindingsprocedure

Op het eerste gezicht lijkt het beginsel van 'equality of arms' geen probleem op te leveren in een spoedeisende ontbindingsprocedure, waarin – naar wordt aangenomen – zonder het houden van getuigenverhoren mag worden beslist. Wanneer beide partijen geen gelegenheid krijgen tot het horen van getuigen, kan immers niet gezegd worden dat partijen ongelijke proceskansen hebben gehad. Desondanks kan onder omstandigheden toch het beginsel van 'equality of arms' geschonden worden. Met Kuijer en Sagel¹⁷⁹ meen ik dat dit het geval is wanneer een aanbod tot getuigenbewijs wordt afgewezen, terwijl het horen van getuigen de enige mogelijkheid vormt voor een procespartij om het bewijs van haar stelling te leveren.¹⁸⁰ Die procespartij is daarmee in een substantieel nadeliger positie geplaatst ten opzichte van haar wederpartij, die ook over andere bewijsmiddelen beschikt.¹⁸¹ Verder wordt het beginsel van 'equality of arms' geschonden wanneer de kantonrechter de ene partij wel toestaat getuigen te doen horen, terwijl de wederpartij deze mogelijkheid op willekeurige gronden niet geboden wordt. Daar-

171 HRM 27 maart 2008, nr. 34499/06 (Peric/Croatia); EHRM 5 februari 2009, nr. 22330/05, § 78 (Olujic/Croatia).

172 Smits 2008, p. 132.

173 EHRM 18 maart 1997, nr. 21497/93, § 34 (Mantovanelli/France).

174 Smits 2008, p. 132-134.

175 EHRM 19 april 1994, nr. 16034/90, § 59 (The Hurk/The Netherlands).

176 EHRM 12 juli 1988, nr. 10862/84, § 45-46 (Schenk/Switzerland); EHRM 21 januari 1999, nr. 30544/96, § 28 (Garcia Ruiz/Spain).

177 Idem.

178 Smits 2008, p. 138.

179 Kuijer & Sagel 2001, p. 55.

180 Vgl. Kuijer & Sagel 2001, p. 55.

181 Bovendien heeft zij geen redelijke kans gekregen om haar zaak inclusief bewijs aan de rechter voor te leggen. Zie hierna.

bij wil ik opmerken, in navolging van Van der Meer, dat het horen van – veelal aan werkgeverszijde – naar de zitting meegebrachte informanten in essentie niets anders is dan het horen van getuigen.¹⁸² Voor de werknemer is het van belang de rechter hierop attent te maken. De werknemer dient namelijk in een dergelijk geval ook in de gelegenheid te worden gesteld informanten/getuigen te horen. Staat de kantonrechter dit niet toe, dan is daarmee het beginsel van ‘equality of arms’ geschonden,¹⁸³ hetgeen een grond voor hoger beroep vormt. Overigens zal de kantonrechter ook moeten opletten of de verweerder genoeg tijd heeft gehad om zijn bewijs in de relatief korte duur van de ontbindingsprocedure te verzamelen, mede gezien de niet beperkte tijd die de verzoeker heeft om zijn verzoek in te kleden. Is het de verweerder niet gelukt om bewijs voor zijn stellingen op tijd te verkrijgen, bijvoorbeeld omdat een schriftelijk bewijsstuk opgevraagd en nog niet ontvangen is, en de kantonrechter beslist op het verzoek zonder de zaak aan te houden totdat het bewijsstuk binnen is, dan wordt mijns inziens het beginsel van ‘equality of arms’ geschonden. De verweerder wordt in een dergelijk geval substantieel benadeeld ten opzichte van de verzoeker.

De gelijkheid is één aspect van ‘equality of arms’. Het beginsel ziet volgens het EHRM echter ook op een *redelijke kans* voor een procespartij om haar stellingen te bewijzen. Dit aspect van het ‘equality of arms’-principe kan in de ontbindingsprocedure worden geschonden indien, gelet op de spoedeisendheid, geen getuigenbewijs wordt toegestaan, terwijl dat de enige vorm van bewijs is waarover de procespartij beschikt.¹⁸⁴ Die partij heeft daarmee geen redelijke kans gehad om haar stellingen te bewijzen. In een dergelijk geval zal echter de schending van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende beginsel van ‘equality of arms’ niet alleen op het ‘redelijke kans-vereiste’, maar veelal tevens gebaseerd kunnen worden op schending van de gelijkheid. Slechts in de uitzonderlijke situatie dat beide procespartijen geen redelijke kans hebben gekregen hun stellingen te bewijzen, wordt de gelijkheid niet geschonden. Beide partijen staan in een gelijke nadelige positie ten opzichte van elkaar. Desondanks wordt artikel 6 EVRM geschonden, omdat partijen geen redelijke kans hebben gehad om hun stellingen te bewijzen.

Verschillende auteurs zijn van mening dat de ontbindingsprocedure op het punt van de bewijslevering op gespannen voet staat met vorenstaande uitgangspunten. Zo schrijven Kuijper en Sagel dat zij grote twijfels hebben of de lijn uit de beschikking Kuijper/ING,¹⁸⁵ waarin de Hoge Raad heeft beslist dat de opvatting van de rechtbank, dat de aard van de onderhavige ontbindingsprocedure zich niet leent voor (getuigen)bewijs of een deskundigenonderzoek geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, in overeenstemming is met de rechtspraak van het EHRM inzake het beginsel van ‘equality of arms’.¹⁸⁶

In voorgaand standpunt kan ik mij vinden voor zover de Hoge Raad in zijn algemeenheid zou stellen dat in *elke* ontbindingsprocedure per definitie geen plaats is

182 Van der Meer 2006, p. 290.

183 Tenzij het bewijstaanbod overbodig is of niet relevant kan zijn voor de beslechting van het geschil.

184 Vgl. Kuijper & Sagel 2001, p. 55.

185 HR 29 september 2000, NJ 2001, 302.

186 Kuijper & Sagel 2001, p. 55. Hovens en Alt sluiten zich bij deze opvatting aan: Hovens 2005, p. 53 en Alt 2009, p. 236-237. In gelijke zin ook Hengstmengel & Mahabiersing 2009, p. 234.

voor getuigenbewijs of een deskundigenbericht. Een dergelijke algemene lijn komt inderdaad onder omstandigheden in strijd met het door artikel 6 EVRM gewaarborgde beginsel van ‘equality of arms’. In het voorgaande heb ik echter betoogd dat de Hoge Raad noch de wetgever ooit expliciet het standpunt heeft ingenomen dat *elke* ontbindingsprocedure zich tegen bewijslevering verzet. Sterker nog, uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 284 lid 1 Rv en diverse beschikkingen van de Hoge Raad kan mijns inziens het tegendeel afgeleid worden. Niet aannemelijk is dat elke ontbindingsprocedure naar haar aard zodanig spoedeisend is, dat nooit plaats is voor getuigenbewijs of een eventueel deskundigenbericht. Belangrijker is echter nog dat de Hoge Raad het beginsel van ‘equality of arms’ erkent als een fundamenteel rechtsbeginsel dat doorbreking van het appèlverbod ex artikel 7:685 BW rechtvaardigt. Ook in de ontbindingsprocedure zal de kantonrechter, zelfs al is deze spoedeisend, het beginsel van ‘equality of arms’ in acht moeten nemen, op straffe van doorbreking van het appèlverbod. Zoals het Hof Den Haag in zijn uitspraak van 21 oktober 2009 treffend verwoordt: ‘Ook al zijn de regels met betrekking tot bewijslevering niet zonder meer van toepassing in een ontbindingsprocedure, neemt dit niet weg dat de kantonrechter gehouden is de beginselen van hoor en wederhoor en “equality of arms” in acht te nemen’.¹⁸⁷ Overigens wil ik nog opmerken dat de formulering van het ‘equality of arms’-beginsel zoals door de Hoge Raad in de beschikking Boukacem/Martinair is gegeven, ‘dat beide partijen gelijke kansen hebben gehad voor het aannemelijk maken van hun standpunt en ook overigens een gelijkwaardige behandeling hebben gekregen’, niet een-op-een overeenkomt met de formulering van het EHRM. De formulering door de Hoge Raad biedt geen uitkomst voor de situatie dat beide partijen geen gelegenheid krijgen hun stellingen te bewijzen. Partijen hebben in dat geval geen ongelijke kansen gehad voor het aannemelijk maken van hun standpunt. Zij staan in een gelijke nadelige positie ten opzichte van elkaar. Zoals betoogd is zulks eveneens strijdig met artikel 6 EVRM. Volgens het EHRM betekent het beginsel van ‘equality of arms’ ook dat partijen een *redelijke kans* moeten krijgen om hun standpunt te bewijzen. Indien – naar mag worden aangenomen – de Hoge Raad met zijn doorbrekingsjurisprudentie aan wil sluiten bij de vereisten uit artikel 6 EVRM inzake een eerlijke behandeling,¹⁸⁸ moet doorbreking wegens verzuim van essentiële vormen ook mogelijk worden geacht wanneer partijen geen redelijke kans hebben gekregen hun stellingen te bewijzen.

3.4 Conclusie bewijsrecht

De ontbindingsprocedure is op het punt van het bewijsrecht, evenals het appèlverbod, niet in strijd met artikel 6 EVRM. Ook de combinatie tussen die twee bijzondere procedureregels, beide ingegeven door de beoogde snelheid van de procedure, maakt dit niet anders.¹⁸⁹ Ook al zou in de praktijk onder kantonnrechtters de opvatting bestaan, hoewel gezien het voorgaande onterecht, dat op grond van de niet altijd integrale toepasselijkheid van het wettelijk bewijsrecht nooit toepas-

187 Hof Den Haag 21 oktober 2009, JAR 2010/15.

188 Vgl. noot D.B. Hengstmengel bij Hof Den Haag 3 november 2009, JIN 2010/242.

189 Zie anders: Verburg 2011, p. 289.

sing gegeven kan worden aan bijvoorbeeld getuigenbewijs, waardoor het beginsel van ‘equality of arms’ onder omstandigheden wordt geschonden, dan nog kan dat verzuim ondanks het appèlverbod hersteld worden. Het appèlverbod kan doorbroken worden. Overigens, laat duidelijk zijn dat de ontbindingspraktijk geen aanwijzing geeft voor het voorgaande. Het aantal hogerberoepszaken in het kader van de ontbindingsprocedure waarin strijd met artikel 6 EVRM wordt aangevoerd, is slechts zeer gering.¹⁹⁰ Het gegeven dat, wellicht door de niet altijd integrale toepasselijkheid van het bewijsrecht in verband met de snelheid van de procedure, in bepaalde gevallen ‘fouten’ kunnen worden gemaakt, bijvoorbeeld een inhoudelijk onjuiste beoordeling, vormt geen schending van artikel 6 EVRM.¹⁹¹ Artikel 6 EVRM ziet niet op de inhoud van de beslissing.

4 Conclusie

De ontbindingsprocedure kent twee procesrechtelijke bijzonderheden: het rechtsmiddelenverbod en de niet altijd integrale toepasselijkheid van het bewijsrecht, beide samenhangend met de beoogde snelheid van de procedure. Deze bijzondere procesregels brengen echter niet mee dat de ontbindingsprocedure niet voldoet aan artikel 6 EVRM. Artikel 6 EVRM voorziet namelijk niet in berechting van een zaak in twee feitelijke instanties. Aannemelijk is verder dat het wettelijk bewijsrecht slechts in spoedeisende ontbindingsprocedures niet integraal toepasselijk is. Bovendien mag die niet integrale toepasselijkheid van het bewijsrecht er niet toe leiden dat strijd bestaat met het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende beginsel van ‘equality of arms’. De kantonrechter moet ook in (spoedeisende) ontbindingsprocedures, op straffe van doorbreking van het appèlverbod, voornoemd beginsel in acht nemen.

Hoewel de bijzondere procesregels niet in de weg staan aan een juiste toepassing van artikel 6 EVRM, kan in een bepaalde ontbindingsprocedure, net als in iedere andere procedure in laatste en hoogste instantie, strijd ontstaan met artikel 6 EVRM. Ook kan de ontbindingsrechter, net als iedere andere rechter, een ‘fout’ maken in de beoordeling van een geschilpunt en een inhoudelijke onjuiste ontbindingsbeschikking wijzen. Het appèlverbod betekent echter niet dat dergelijke ondeugdelijkheden nooit hersteld of gecompenseerd kunnen worden.

Allereerst is doorbreking van het appèlverbod onder omstandigheden mogelijk. Via deze weg is zelfs een incidentele schending van artikel 6 EVRM in de ontbindingsprocedure in het merendeel van de gevallen te herstellen. Schending van de uit artikel 6 EVRM voortvloeiende beginselen van hoor en wederhoor, ‘equality of arms’, onpartijdigheid of openbaarheid leveren een grond op voor doorbreking.

190 In 2010 en 2011 waren er van de 246 resp. 274 ontbindingsbeschikkingen slechts 13 resp. 8 hogerberoepszaken. Overigens leidde dit in ieder jaar bij slechts twee zaken daadwerkelijk tot doorbreking van het appèlverbod. Zie P. Kruit & C.J. Loonstra, Statistiek Ontbindingsvergoedingen 2010: the year after, *ArbeidsRecht* 2011, 25; P. Kruit & C.J. Loonstra, Statistiek ontbindingsvergoedingen 2011: de representativiteit van de gepubliceerde ontbindingsbeschikkingen aangevoerd, *ArbeidsRecht* 2012, 22.

191 Althans voor zover in de procedure geen beginselen uit artikel 6 EVRM zijn geschonden.

Opvallend is dat schending van het eveneens door artikel 6 EVRM gewaarborgde motiveringsbeginsel geen doorbrekingsgrond oplevert. Op dit punt is de doorbrekingsjurisprudentie van de Hoge Raad niet in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM. Het EHRM merkt een motiveringsgebrek – in de zin van geen motivering of een zó ondeugdelijke motivering die gelijk te stellen is aan geen motivering – namelijk wel aan als een schending van het in artikel 6 EVRM vervatte recht op een eerlijke behandeling. Het is een aanbeveling voor de Hoge Raad om zijn doorbrekingsjurisprudentie hiermee in overeenstemming te brengen. Een incidentele schending door de ontbindingsrechter van het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende motiveringsvereiste kan dan in hoger beroep hersteld worden en voorkomen dat de Staat aansprakelijk is voor schending van het EVRM. Daarbij geldt wel dat een louter ondeugdelijke motivering, niet op één lijn te stellen met een non-motivering, niet moet kunnen leiden tot doorbreking. Het vaststellen van de ondeugdelijkheid vergt namelijk een inhoudelijke beoordeling van de zaak, hetgeen de wetgever juist heeft willen uitsluiten met het appèlverbod van artikel 7:685 lid 11 BW.

Een tweede mogelijkheid om een ondeugdelijke ontbindingsbeschikking aan te vechten, zoals in dit artikel besproken, is het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak. Sinds het arrest *Greenworld/Arbiters* is aannemelijk dat dit leerstuk uitkomst kan bieden voor inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikkingen. Hoewel een inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking niet hersteld kan worden in hoger beroep omdat dit niet valt onder een doorbrekingsgrond, is aannemelijk dat de onjuistheid wel kan leiden tot staatsaansprakelijkheid en het betalen van schadevergoeding. Indien het wijzen van een inhoudelijk onjuiste ontbindingsbeschikking gekwalificeerd kan worden als handelen door de kantonrechter met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt, is de Staat aansprakelijk voor de schade voortvloeiend uit de onjuistheid in de ontbindingsbeschikking.